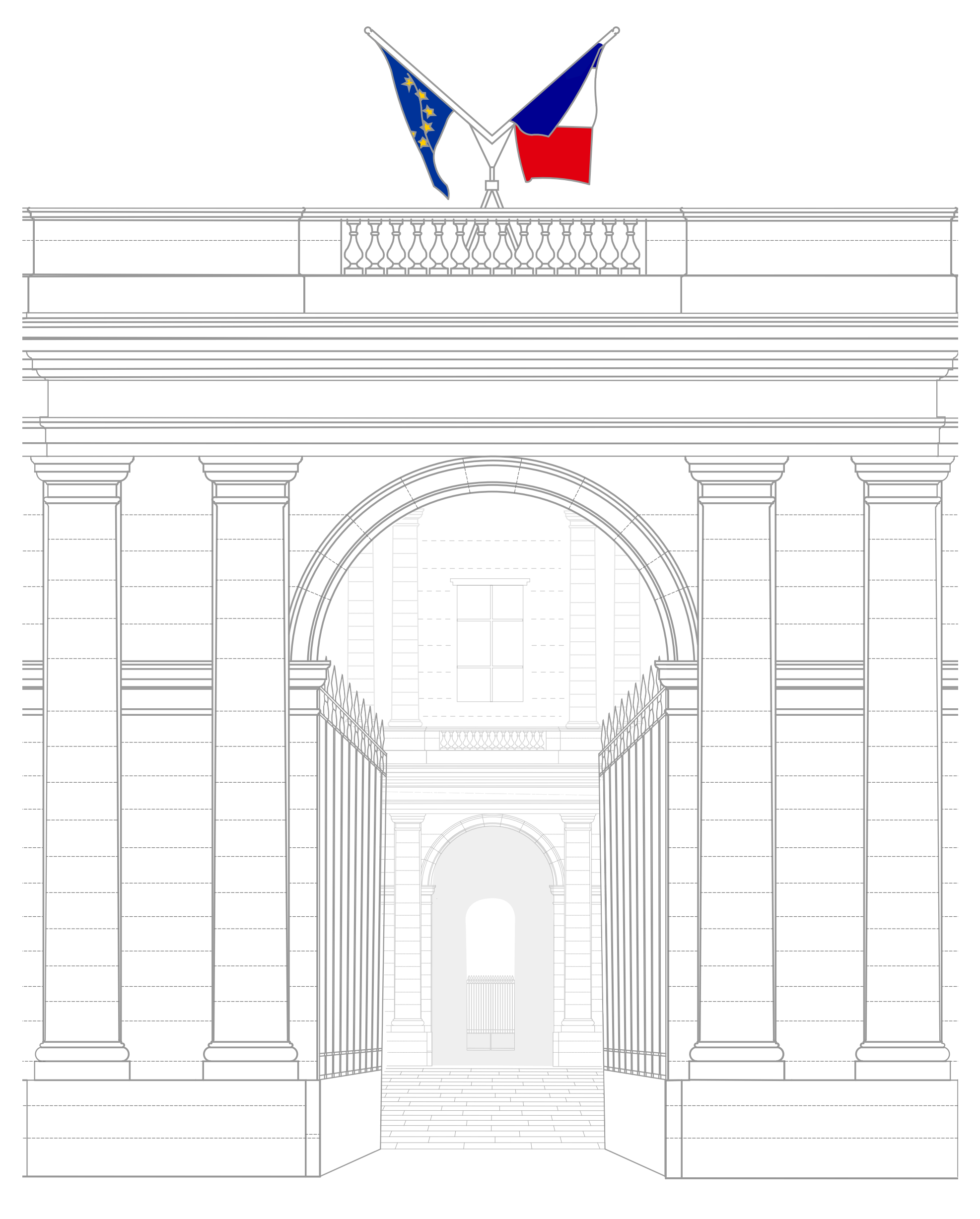
La Revue
des sections consultatives du Conseil d'État

AVRIL 2025 - **N°1**

section de l'administration
section des finances
section de l'intérieur
section sociale
section des travaux publics







Éditorial

DIDIER-ROLAND TABUTEAU
vice-président du Conseil d'État



Henri Beyle, pas encore Stendhal, affirmait à Vivant Denon que, faute de pouvoir atteindre la « beauté de l'art » comme le souhaitait son interlocuteur qui aspirait au chef-d'œuvre littéraire, l'inventaire du Louvre devait au moins aspirer à la « beauté administrative, faite de clarté et de brièveté ». Pourtant, ni la clarté ni la brièveté ne suffisent toujours à dissiper les obscurités du droit. Lire un texte publié au Journal officiel suscite souvent chez le citoyen et le fonctionnaire une légitime curiosité : pourquoi, comment ce texte a-t-il été écrit ? Que change-t-il ? Est-il bien conforme au droit et surtout, à quoi sert-il vraiment ?

Ces interrogations ne sont pas nouvelles. Il y a plus de 225 ans, Napoléon Bonaparte souhaitait que son Conseil pût en débattre en toute franchise, dans le plus grand secret. Aujourd'hui, alors que le droit s'est complexifié à l'extrême, malgré les efforts de codification et les outils informatiques, la fabrique de la norme doit au contraire être accessible à tous, car le droit est avant tout la chose du peuple, la règle que la Nation se donne par les procédures démocratiques pour régir son fonctionnement. Il apparait toutefois que, pour bien des pans du droit, seuls quelques spécialistes peuvent encore prétendre maîtriser l'exacte portée de la règle, en décrypter les enjeux et en évaluer les conséquences.

Les membres du Conseil d'État, quant à eux, cherchent constamment, dans leur mission consultative, à améliorer la norme. Chaque mardi, dans le cadre des séances des sections administratives, ils examinent les projets de loi, d'ordonnance et de décret, ou encore les propositions de loi lorsque le Parlement en saisit le Conseil d'État, vérifient leur clarté, leur cohérence, leur robustesse et leur respect de la hiérarchie des normes. Ils interrogent les fins, non pour les contester mais pour les comprendre et permettre leur atteinte, et évaluent les moyens, tant en droit qu'à l'aune des exigences de la bonne administration.

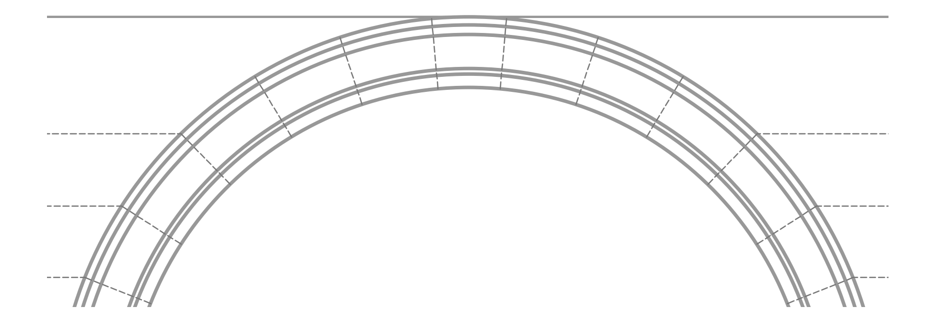
Ce travail, rigoureux et essentiel, reste largement ignoré. Certes, la publication, depuis 2015, des avis sur les projets de loi non financiers a marqué un progrès important en matière de publicité de ce travail. Mais sur les décrets, beaucoup plus nombreux et nécessaires à l'application des lois, le silence demeure, laissant place aux supputations des commentateurs et parties prenantes.

> **Les membres du Conseil d'État cherchent constamment, dans leur mission consultative, à améliorer la norme**

Il ne s'agit pas, bien sûr, dans cette Revue des sections consultatives du Conseil d'État, de remettre en cause le secret des délibérations gouvernementales ni des échanges tenus devant et avec le Gouvernement. Rien ne sera publié qui n'ait été accepté, sans pour autant avoir été avalisé. L'objectif est tout autre : offrir un guide de lecture du Journal officiel, antérieur à la recherche académique et à sa critique, afin de permettre une meilleure compréhension de la législation, ses implications et les choix qu'elle impose.

Ce travail n'engage pas le Conseil d'État en tant qu'institution, dont seules les formations officielles portent la parole. Il est rédigé par certains de ses membres, sous le contrôle d'un comité de lecture composé de pairs récemment retirés du service actif. Ils s'attachent à exposer clairement l'essentiel d'un texte, sans controverse inutile ni détails purement légistiques, afin de dire du texte ce qui parait nécessaire à la pleine compréhension de ceux qui doivent s'y conformer ou en faire application : citoyens, fonctionnaires, élus, ou encore juges. Il ne révèle rien du travail interne au-delà de ce que la chronique de la section du contentieux apporte à l'analyse et la compréhension des décisions contentieuses. Mais ces articles ambitionnent de livrer au public une compréhension précise de la genèse et de la portée d'un texte juridique.

C'est déjà beaucoup, et c'est suffisant pour justifier la mise à disposition de ce savoir. En la matière, seul le public pourra juger de l'intérêt de cette démarche. Dédié à son service, le Conseil d'État s'y soumet ici encore.





Sommaire

Éclairages
Les dernières analyses des sections consultatives

Grand Angle
Points de synthèse sur l'état du droit

Focus

La revue

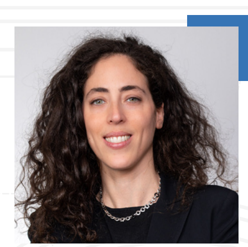
Numéro 1 - avril 2025 - La Revue des sections consultatives du Conseil d'État - 1, place du Palais Royal 75100 Paris Cedex 01 - ISSN : en cours - Directeur de la publication : Didier-Roland Tabuteau - Comité de lecture : Martine de Boisdeffre, Fabien Raynaud, Thierry-Xavier Girardot, Edmond Honorat, Philippe Josse, Francis Lamy, Christine Maugüe, Thierry Tuot - Coordination : Tanneguy Larzul - Conception : Direction de la communication

La revue

Ont contribué à ce numéro



Paul Bernard, rapporteur à la section de l'intérieur, est ancien élève de l'École normale supérieure et agrégé de lettres. Il a été conseiller du maire de Paris (2007-2012) et du président de la République (2012-2014), avant de rejoindre le Conseil d'État en 2014.



Sara-Lou Gerber, rapporteure à la section sociale, est diplômée de l'Ecole normale supérieure, agrégée de sciences économiques et sociales et ancienne élève de l'ENA. Elle a notamment exercé les fonctions de directrice de cabinet du Directeur général de l'assurance maladie.



Céline Boniface, rapporteure à la section de l'intérieur, est magistrate de l'ordre judiciaire. Après dix années passées en juridiction, elle a exercé au sein de la direction des affaires civiles et du sceau, avant de rejoindre en détachement le Conseil d'État.



Marie Lehman, rapporteure à la section de l'administration, ancienne avocate, est magistrate administrative depuis 2011 et a exercé entre 2018 et 2023 des fonctions au sein de la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'environnement.



François-Xavier de Woillemont est rapporteur à la section de l'administration. Général de corps d'armée en 2° section, officier des Troupes de Marine, il a notamment commandé l'opération Barkhane et occupé les fonctions de SGA du SGDSN (2018-2021).



Jean-Luc Matt, rapporteur à la section de l'intérieur, a exercé les fonctions d'administrateur des services de l'Assemblée nationale, de sous-directeur des retraites et des institutions de la protection sociale complémentaire à la direction de la sécurité sociale et de directeur général de l'association française des entreprises privées.



Michel Delpuech, rapporteur à la section de l'intérieur jusqu'en 2024, est ancien élève de l'ENA (promotion Voltaire). Il a occupé plusieurs postes de préfet de région - de la Corse à l'Ile-de-France - a dirigé le cabinet place Beauvau (2007-2009) et a exercé les fonctions de préfet de police de 2017 à 2019.



Richard Senghor est rapporteur à la section de l'intérieur, membre de la section des études, de la prospective et de la coopérarion et référent laïcité pour la juridiction administrative. Il a exercé des fonctions de conseiller au cabinet du Premier ministre et du ministre de l'éducation nationale et a été secrétaire général du Défenseur des droits.



Laurence Franceschini, rapporteure à la section de l'intérieur, est diplômée de l'IEP de Paris, ancienne élève de l'ENA, elle a notamment exercé les fonctions de directrice générale des médias et des industries culturelles au ministère de la culture.





Les bulles papales

Éclairage de **Laurence Franceschini**,
rapporteure à la section de l'intérieur

Le régime de la séparation de l'Église et de l'État n'est pas applicable dans les trois départements français occupés par l'Allemagne entre 1870 et 1918 (Bas-Rhin, Haut-Rhin et Moselle). Les modalités de nominations des évêques de ces départements diffèrent du droit commun. Cette survivance du régime du Concordat se traduit pour le Conseil d'État par l'examen par la section de l'intérieur des actes juridiques que sont les « bulles papales ». Dix-huit ont été examinées depuis 1988. Cet éclairage a pour objet d'analyser la portée de son contrôle quant à la conformité avec le droit français.

Dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, le cadre juridique en matière religieuse demeure régi, pour ce qui concerne le culte catholique, par le « Concordat » qui est une convention signée le 26 messidor an IX (15 juillet 1801) entre le Premier consul Napoléon Bonaparte et le Pape Pie VII, promulguée et rendue exécutoire comme loi de la République par la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) relative à l'organisation des cultes, à laquelle elle est incorporée.

Dans les diocèses de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer, à l'exception de la Guyane, l'État n'intervient plus, en théorie, dans le choix des ministres du culte même si la papauté a toutefois concédé en 1921, à la suite du rétablissement des relations diplomatiques entre la République et le Saint-Siège, un droit de regard ou plutôt de consultation dans la nomination des évêques, formalisé dans le document dit « aide-mémoire » du cardinal Gasparri. Il consiste pour le Saint-Siège à interroger, par l'intermédiaire du cardinal secrétaire d'État, l'ambassadeur de France pour savoir « si le Gouvernement a quelque chose à dire au point de vue politique contre le candidat choisi ». Dans la pratique actuelle, la démarche est faite par le Nonce apostolique auprès du ministre des Affaires étrangères et donne lieu à une enquête menée par les services du ministère de l'intérieur. Aucun évêque n'est nommé sans cette consultation. Le Gouvernement ne s'est jamais opposé à une telle désignation. Ce droit de consultation ne s'applique pas dans les deux diocèses de Strasbourg et de Metz où s'appliquent les dispositions concordataires et ce particularisme a été conservé lors du retour de ces départements dans la République.

« La bulle » est une lettre solennelle en même temps qu'un acte juridique, émanant du Pape qui doit son nom au sceau (du latin bulla qui désigne généralement un objet circulaire, en l'espèce un sceau de métal de forme ronde) dont elle était initialement revêtue. L'examen de ces « bulles » par la section de l'intérieur traduit ainsi la survivance en France encore aujourd'hui du régime du concordat pour la désignation de certains prélats

La section de l'intérieur du Conseil d'État a été saisie de treize « bulles » depuis 1988 en matière de nomination des évêques et archevêques dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

Dans la période la plus récente, il s'est agi de la nomination d'un évêque du diocèse de Strasbourg à quatre reprises, de cinq nominations d'un évêque auxiliaire à Strasbourg et d'une nomination d'un évêque auxiliaire à Metz ainsi que du projet de décret portant réception de la bulle d'érection canonique de l'évêché de Strasbourg, au rang d'archevêché

1. La conservation du régime concordataire tant pour les évêques résidentiels que pour les évêques auxiliaires

a) La nomination des évêques résidentiels résulte des textes concordataires. Lors du rapport de présentation de la loi du 18 germinal an X, Portalis en expliquait, en termes vifs, les motifs : « *le Pape est sujet, comme tous les autres hommes, aux faiblesses de l'humanité ; il peut être trompé, surpris ; il peut se tromper lui-même : l'expérience prouve qu'un homme qui est à la fois pontife et souverain peut confondre l'intérêt politique avec l'intérêt religieux, et quelquefois même sacrifier l'intérêt religieux à l'intérêt politique. Il faut donc une garantie contre les surprises, contre les erreurs, contre les procédés ambitieux ou hostiles ; cette garantie est dans la vérification faite par l'autorité compétente* ». En cela, le régime concordataire est dans le prolongement des pratiques de l'Ancien Régime et de sa tradition gallicane et donc du droit de regard que le roi s'était octroyé sur la nomination des évêques.

La loi du 1er juin 1924 « *mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle* » a prévu, en effet, aux termes du 13° de son article 7 que : *« continuent à être appliquées, telles qu'elles sont encore en vigueur dans les trois départements (...) / la législation locale sur les cultes et les congrégations religieuses ».*

Le Conseil d'État, saisi par le Président du conseil de la question de savoir quel était le régime applicable au culte catholique dans les trois départements a, dans son avis rendu, le 24 janvier 1925, conclu que « *le régime concordataire, tel qu'il résulte de la loi du 18 germinal an X, [y] est en vigueur* ». L'article 3 de l'ordonnance du 15 septembre 1944 « relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle » a confirmé le maintien du régime concordataire. Dans sa décision QPC *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* du 21 février 2013, rendue à propos du traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les trois départements de l'Est (n°2012-297), le Conseil constitutionnel a jugé *« qu'il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1er que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une « République. . . laïque », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou règlementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte. »*

Il existe donc toujours dans les trois départements un service public des cultes et ces dispositions confèrent aux pouvoirs publics un pouvoir, aujourd'hui très exceptionnel, de nomination directe des titulaires des sièges épiscopaux.

b) S'agissant des évêques auxiliaires, le fondement de la nomination est un peu différent compte tenu de leur spécificité. L'évêque auxiliaire est choisi par l'évêque résidentiel pour l'aider momentanément dans l'exercice de son ministère spirituel. Il n'a aucun droit à sa succession et n'est pas titulaire d'un diocèse en Alsace-Moselle. S'il est nommé évêque d'un diocèse pour acquérir le caractère épiscopal, c'est de façon fictive puisque le Saint-Siège lui attribue, sous l'appellation de siège titulaire, un diocèse disparu. Il s'agit souvent d'un des anciens diocèses d'Asie mineure ou d'Afrique du Nord, tel celui de Parthenia, qui a acquis une certaine renommée en France depuis la nomination de Mgr Gaillot en 1995 [1]. Ce peut être parfois un diocèse qui existait sous l'Ancien Régime et a disparu à l'occasion du redécoupage diocésain de 1801, par exemple le diocèse de Saint-Papoul, dans l'Aude, qui a existé de 1317 à 1801, et qui a été restauré comme siège titulaire à compter de 2009.

Le Concordat ne mentionnant pas les évêques auxiliaires, leur désignation aurait donc dû relever normalement de la compétence exclusive de Rome. Mais le pouvoir politique ne s'est pas désintéressé de leur choix et a complété, de façon unilatérale, le texte concordataire par le décret du 7 janvier 1808 relatif aux ecclésiastiques nommés évêques in partibus qui détaille, s'agissant des évêques auxiliaires, les prescriptions générales posées par la loi du 18 germinal an X.

L'article 1er du décret dispose : « (...) *Nul ecclésiastique français ne pourra poursuivre ni accepter la collation d'un évêché in partibus, faite par le pape, s'il n'y a été préalablement autorisé par nous sur le rapport de notre ministre des cultes ». Aux termes de l'article 2 : « Nul ecclésiastique français, nommé à un évêché in partibus, conformément aux dispositions de l'article précédent, ne pourra recevoir la consécration avant que ses bulles aient été examinées en Conseil d'État, et que nous en ayons permis la publication »*. Le Saint-Siège ne reconnaît pas ces dispositions mais ne s'oppose pas à leur application.

Le fondement juridique de ces dispositions prête à interrogation dans la mesure où l'article 1er du décret se fonde sur l'article 17 du code Napoléon, qui n'est plus en vigueur, et que l'on peut s'interroger sur l'opportunité de maintenir une procédure aussi incertaine juridi-

---

1 *C'est la raison pour laquelle les évêques auxiliaires, dénommés aujourd'hui « évêques titulaires », étaient appelés jusqu'en 1882 évêques in partibus (sous-entendu infidelium) [dans les régions des infidèles].*

quement. La section de l'intérieur a conclu à son maintien, compte tenu des précédents, de l'accord tacite du Saint-Siège, et qu'elle est mise en œuvre sans difficulté.

2. Si la procédure de nomination des évêques résidentiels marque la préséance du président de la République, dernier chef d'État au monde à nommer des évêques catholiques, cette préséance est moindre pour les évêques auxiliaires.

a) Pour les évêques résidentiels, les textes applicables sont issus tant du Concordat que des articles organiques. L'article 4 du Concordat dispose que : « Le premier consul de la République nommera, dans les trois mois qui suivront la publication de la bulle de Sa Sainteté, aux archevêchés et évêchés [...] Sa Sainteté conférera l'institution canonique, suivant les formes établies par rapport à la France avant le changement de Gouvernement. » et l' article 5 précise quant à lui que : « *Les nominations aux évêchés qui vaqueront dans la suite seront également faites par le premier Consul ; et l'institution canonique sera donnée par le Saint-Siège [...]* ». Quant au premier des articles organiques il prévoit qu' « *aucune bulle bref, rescrit (...) ni autres expéditions de la cour de Rome, même ne concernant que les particuliers, ne pourront être reçus, publiés, imprimés, ni autrement mis à exécution, sans l'autorisation du Gouvernement* » ; enfin l'article 18 dispose que : « *Le prêtre nommé par le premier consul ne pourra exercer aucune fonction avant que la bulle portant son institution ait reçu l'attache du Gouvernement* ».

Concrètement la procédure se déroule en **deux temps**.

Tout d'abord la nonciature apostolique en France fait connaitre au ministre des Affaires étrangères son intention de nomination et le nom de la personnalité pressentie. Celui-ci en avise le ministre de l'Intérieur qui diligente une enquête.

Le président de la République signe un décret simple qui agrée la « démission » de l'évêque et nomme son successeur. Ce décret n'est pas publié au Journal officiel en vue de sauvegarder le caractère confidentiel de la procédure jusqu'à la publication de la bulle pontificale conférant à l'intéressé l'institution canonique et rendant ainsi sa nomination définitive

Le décret du président de la République est notifié par le ministère des Affaires étrangères au Vatican ainsi qu'au nouvel évêque ou archevêque à charge pour lui de se pourvoir auprès du Saint-Siège pour obtenir son institution canonique.

Puis la bulle papale conférant l'institution canonique et faisant mention des prérogatives du président de la République issues des articles 4 et 5 du Concordat est accordée par le Souverain Pontife et transmise au Gouvernement français par l'intermédiaire du ministre des Affaires étrangères.

Un décret du président de la République, le Conseil d'État entendu, porte alors réception de la bulle d'institution canonique de l'évêque et en autorise la publication en France, en latin et en français conformément aux dispositions précitées du Concordat et les articles organiques. C'est ce second décret, qui permet à l'évêque de commencer d'exercer son ministère.

Le décret est publié simultanément par le Journal officiel et l'Osservatore romano, organe officiel du Saint-Siège, ainsi que, depuis 1984, au recueil des actes administratifs du département.

L'intervention du Conseil d'État dans la seconde phase de la procédure, celle de la réception de la bulle, a pour mission de déterminer si elle comporte des dispositions non conformes au droit français. Les deux autres missions traditionnelles du Conseil d'État, consistant à transcrire le texte de la bulle, en latin et en français, sur les registres des délibérations et à mentionner cette transcription sur l'original de la bulle remise à l'intéressé, ont été abandonnées en 1984.

Toute la procédure doit **demeurer confidentielle** jusqu'à la publication simultanée du décret.

b) S'agissant des évêques auxiliaires, la procédure telle qu'elle résulte du décret du 7 janvier 1808 évoquée plus haut est un peu différente. Le Saint-Siège pressent un candidat, en général sur proposition de l'évêque résidentiel qui a sollicité cette aide, et se propose donc de le nommer à un évêché in partibus. Le candidat pressenti adresse au président de la République une demande afin d'obtenir l'autorisation d'exercer les fonctions d'auxiliaire. Le président de la République, sur rapport du ministre de l'Intérieur, accorde l'autorisation prévue à l'article 1er du décret du 7 janvier 1808 sous la forme d'une décision non publiée au Journal officiel, pour des raisons de confidentialité.

Le Saint-Siège « constitue » ensuite l'intéressé auxiliaire en même temps qu'il le nomme évêque titulaire in partibus. Contrairement aux évêques résidentiels, c'est donc bien le Pape et non le président de la République qui nomme les évêques auxiliaires. Enfin intervient la procédure de réception de la bulle et l'on retrouve alors le processus des nominations des évêques résidentiels. Le Conseil d'État examine la bulle et le décret du président de la République en autorise la réception, la publication et l'exécution en France.

3. Compte tenu de la nature singulière de cette procédure, l'office de la section de l'intérieur est très simple et assez modeste.

On rappellera ici ce que M. le conseiller François Bernard, en 1997, relevait : « *La spécialité concordataire de la section de l'intérieur et jadis des cultes est illustrée par de très nombreux précédents dont elle recopie à la virgule près les plus récents* ».

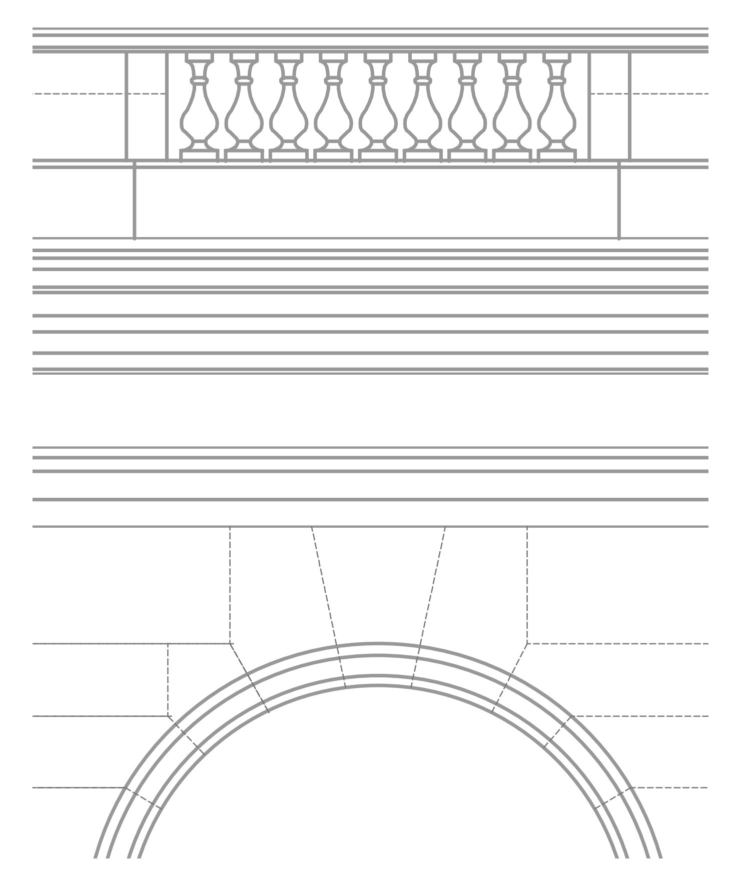
Tout d'abord si la même procédure est appliquée pour l'évêque coadjuteur qui succède de droit à l'évêque résidentiel, c'est parce que la jurisprudence a mis la nomination de l'évêque coadjuteur sur un pied d'égalité avec celle de l'évêque résidentiel.

Ensuite les visas du décret portant réception de la bulle d'institution canonique ont été simplifiés au fil du temps et ne mentionnent plus, notamment, la lettre de transmission de la bulle papale par le ministère des Affaires étrangères. Sont visés les articles concernés de la convention concordataire et la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation des cultes à laquelle elle est incorporée et qui l'a promulguée et rendue exécutoire comme loi de la République. Les visas sont présentés, conformément au vœu de la section de l'intérieur, dans l'ordre chronologique et non purement légistique.

Les dates du Concordat et de la loi qui l'a promulgué figurent uniquement dans les termes du calendrier révolutionnaire et ne sont pas précisés les intitulés complets de la loi de 1924 (« *loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle* ») et de l'ordonnance de 1944 (« ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle »)

Il a par ailleurs été décidé en 2013 de ne pas faire référence au terme et à la notion de « *démission* » du prédécesseur, étrangers au droit canon qui ne connaît que la « *renonciation* » du prêtre à sa charge, terme exclusivement employé dans la bulle papale C'est le choix qui a été fait par la section pour les décrets de réception de la bulle papale, ce qui permet en outre de mieux identifier le décret, non publié, puisque les noms des intéressés, qui ne figurent pas dans l'intitulé d'origine, sont ainsi précisés.

Laurence Franceschini





La publicité pour le cinéma et le livre à la télévision

À propos du décret n° 2024-313 du 5 avril 2024 portant modification du régime de publicité télévisée)

Éclairage de Jean-Luc Matt, rapporteur à la section de l'intérieur

La publicité à la télévision est strictement encadrée. Après une expérimentation de plusieurs années, l'autorisation de la publicité en faveur du cinéma a été pérennisée. Une nouvelle expérimentation a été lancée pour la publicité en faveur du secteur du livre.

1° La « généralisation de l'expérimentation » de la publicité à la télévision pour le cinéma

L'article 8 du décret du 27 mars 1992 pris pour l'application de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a fixé les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services audiovisuels en matière de publicité et a interdit, à la télévision, la publicité pour 4 « produits et secteurs économiques » : l'alcool, l'édition littéraire, le cinéma et les événements occasionnels ou saisonniers.

Ces interdictions réglementaires s'ajoutent aux interdictions législatives, qui portent sur les médicaments remboursables soumis à prescription médicale (article L. 5122-6 du code de la santé publique), les armes à feu (loi du 12 juillet 1985 relative à la publicité en faveur des armes à feu et de leurs munitions) et le tabac (loi du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme).

L'interdiction de la publicité pour le cinéma à la télévision était, quand elle a été prise, en 1992, une mesure de protection de l'industrie de la production cinématographique française et européenne, dont le budget en général, et celui qu'elle pouvait consacrer à la publicité en particulier, ne pouvait pas rivaliser avec celui du cinéma américain. L'Autorité de la concurrence, dans son avis n° 19-1-04 du 21 février 2019 (§§ 390 sqq) rendu à la demande de l'Assemblée nationale, s'est montrée favorable à la révision de l'article 8 du décret du 27 mars 1992, sauf en ce qui concerne l'interdiction des publicités pour l'alcool.

Elle estimait cependant qu'avant cette révision « des études sérieuses et fiables, d'origine non professionnelle, afin de permettre une appréciation fine du bilan coûts-avantages d'une telle mesure en termes d'équilibre entre les médias » devaient être conduites. Elle évoquait notamment le risque d'un possible transfert des recettes publicitaires vers la télévision au détriment de la radio et de la presse, dès lors que les distributeurs pourraient optimiser leurs dépenses publicitaires en fonction des avantages spécifiques de la télévision en tant que média de masse.

Cette démarche a été suivie par le Gouvernement, pour une raison particulière. L'autorisation de la publicité à la télévision en faveur du cinéma a en effet été accordée à titre temporaire, pour 18 mois, par le décret n° 2020-983 du 5 août 2020, à la sortie du « premier confinement Covid-19 » et le Gouvernement a ainsi souhaité aider à la fois le cinéma, après plusieurs mois de fermeture des salles, et la télévision, confrontée à la concurrence du marché publicitaire sur Internet, où la promotion du cinéma n'est pas interdite ni même réglementée. Cette autorisation a été prorogée à 2 reprises : d'abord par le décret n° 2021-1922 du 30 décembre 2021 pour une période de 8 mois, puis par le décret n° 2022-1290 du 3 octobre 2022 pour une nouvelle période de 18 mois, soit au total pour 44 mois, plus de 3 ans et demi, pour tenir compte du caractère atypique de la période dû à la crise sanitaire et à la fermeture des salles de cinéma.

En réalité, il ne s'agit pas d'une « expérimentation » au sens de l'article 37-1 de la Constitution : selon la décision du 17 mai 2019, Association Les amis de la terre France, n° 421871, du Conseil d'État statuant au contentieux, cette habilitation constitutionnelle vise à permettre de déroger au principe d'égalité, ce qui n'est pas l'objet avec cette mesure, et doit prévoir des règles spécifiques, pour une durée déterminée à destination d'un « échantillon » ciblé retenu pour son application, rien de tel en l'espèce non plus.

Comme dans le cas d'une « vraie » expérimentation cependant, et comme le recommandait l'Autorité de la concurrence, il est prévu par le décret du 5 août 2020 la publication par le Gouvernement d'un rapport d'évaluation, 3 mois avant son terme. Un premier « rapport d'évaluation » a été publié en juillet 2022, avant la dernière prorogation, qui soulignait l'insuffisance de données, ne permettant pas d'apprécier les conséquences de cette « expérimentation ». A l'issue de la 2e prorogation, un nouveau « rapport d'évaluation » a été élaboré par le cabinet Eurogroup et publié le 30 janvier 2024 par le ministère de la culture pour lancer une consultation publique de 20 jours. De cette consultation, il ressort un avis favorable des éditeurs de services de télévision, un avis défavorable de la presse écrite et des afficheurs et

des avis partagés des organisations du cinéma.

Selon le Gouvernement, le « bilan » évaluant l'impact sur l'industrie cinématographique et les recettes publicitaires des autres médias (radios, presse écrite et affichage) montre que l'autorisation a eu un impact négligeable sur les transferts de budgets publicitaires entre médias et la diversité des œuvres promues à la télévision. Ce bilan révèle par ailleurs un effet positif sur la fréquentation en salles.

Tout d'abord, cette mesure a permis des gains pour les régies des chaînes de télévision. Durant la période d'expérimentation menée depuis 2020, la publicité télévisée pour le cinéma a ainsi représenté environ 50 M€/an de revenus pour les chaînes de télévision (soit environ 1,5 % du marché publicitaire de la télévision). Ce gain a été constaté dans un contexte de contraction des investissements publicitaires du secteur du cinéma, principalement du fait des conséquences de la crise sanitaire.

Si le marché retrouve son niveau d'avant crise, le gain pour les chaînes de télévision pourrait être légèrement supérieur à 50 M€ dans les prochaines années. Au total, le marché des investissements publicitaires du secteur du cinéma représente entre 400 M€ et 500 M€/an, ce qui signifie que la télévision a représenté entre 10 et 15 % de ces investissements durant l'expérimentation.

Il semblerait que la place de la télévision se soit faite au détriment des bandes-annonces en salles de cinéma : la part de la promotion en salle a perdu 10 points entre 2019 et 2023 au sein du mix-média de la publicité pour le cinéma, alors que la bande-annonce au cinéma est traditionnellement considérée comme ayant le plus d'impact sur les spectateurs.

S'agissant de la presse et de la radio, si leurs revenus ont baissé sur la période en raison de la contraction des investissements publicitaires, leur part dans le mix-média n'a en revanche reculé respectivement que d'1,1 % et 0,3 % entre 2019 et 2023, ce qui signifie que ces médias restent particulièrement attractifs pour leurs investisseurs habituels.

Ces observations doivent néanmoins être relativisées compte tenu du caractère atypique de la période, avec une contraction du marché et une typologie de films différente en faveur de la production nationale, qui ne permet pas de déterminer si les investissements publicitaires en faveur de la télévision correspondent à des reports ou à une hausse incrémentale du budget des annonceurs.

Surtout, l'étude réalisée ne tient pas compte de la communication digitale en faveur des films, alors que, selon une étude du Centre national du cinéma (CNC) de 2022, la part des dépenses sur Internet connait une hausse de près de 15 % depuis 2007, représentant désormais près de 20 % des achats d'espaces publicitaires pour un montant de plus de 10 M€. De même, la part consacrée à la création de films-annonces promotionnels sur Internet atteint 21 % des dépenses publicitaires en 2022. Il est dommage que le numérique n'ait pas été pris en compte, alors qu'Internet a incité en 2022 un tiers des spectateurs à aller voir un film en salle, ce taux passant à 41 % pour les étudiants.

S'agissant ensuite de l'impact sur la fréquentation des salles de cinéma, l'étude d'impact a relevé une corrélation positive entre la promotion des films à la télévision et leur performance en salle. Cela peut s'expliquer par la capacité de la télévision à cibler un public large (plusieurs millions de téléspectateurs simultanément), particulièrement en province. La télévision aurait ainsi permis de s'adresser à des publics éloignés, notamment en milieu rural, qui constituent un segment de population difficile à atteindre par les autres formes de publicité.

Compte tenu de la multitude de facteurs en cause, cet impact sur la fréquentation cinématographique n'est cependant pas quantifiable. En particulier, il paraît difficile de séparer, pour mesurer cet effet, la publicité à la télévision et l'ensemble des émissions d'infotainment qui servent également à la promotion des films, au travers des tournées promotionnelles des équipes de films sur les plateaux des émissions d'information et de divertissement, qui ne sont pas du tout prises en compte dans l'étude réalisée. Surtout, les chiffres de l'enquête CinExpert diligentée par le CNC ne vont pas dans ce sens : en raison de la baisse de la durée d'écoute quotidienne de la télévision, les extraits ou bandes-annonces vus à la télévision inciteraient de moins en moins de spectateurs à aller en salle (23,6 % en 2022 selon cette étude).

Enfin, selon le rapport d'évaluation, l'autorisation de la publicité pour le cinéma à la télévision ne devrait pas avoir d'impact significatif sur la concentration des films visionnés, qui est déjà très en faveur des films américains. Certes 59 % des films bénéficiaires de la publicité TV sont français contre 26 % américains sur la moyenne 2021-2022 et la télévision n'est pas réservée aux films pour lesquels le budget promotionnel est le plus important (près de la moitié des films dont le budget promotionnel est compris entre 1 et 3 M€ et un quart des films ayant un budget promotionnel compris entre 500 k et 1 M€ ont eu recours à la publicité télévisée en 2022), mais il faut tenir compte du type de film (il suffit de peu de blockbusters américains pour dépasser le budget promotionnel cumulé de nombreux films français), de sorte qu'en nombre de spots publicitaires, les films américains font la course en tête (10 794 contre 10 566 pour les films français).

La très forte chute du coût des écrans publicitaires télévisés (- 75 % entre 2005 et 2019 en raison de la multiplication des chaînes et de l'essor de la publicité sur Internet) a privé de sa portée l'argument initial de la difficulté d'accès des producteurs de cinéma français et européens au marché publicitaire à la télévision, mais les films avec un faible nombre de copies ne se

prêtent pas à la publicité à la télévision, dont la cible est trop large et qui n'auraient majoritairement pas accès à des salles les diffusant, de sorte que le cinéma d'Art et d'essai n'est pas directement impacté par la mesure.

En revanche bien sûr, les distributeurs américains représentent plus de la moitié des investissements publicitaires à la télévision. Surtout, si compte tenu de la période particulière liée à la Covid-19 les films américains n'ont représenté que 42 % des entrées, en période normale ce taux est supérieur à 50 %. L'importance des moyens publicitaires étant corrélée à la pénétration du marché, on peut donc penser que l'ouverture du média de masse qu'est la télévision à la publicité en faveur du cinéma ne pourra que contribuer à renforcer la part des films américains à gros budget sur le marché français.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, à savoir l'état du marché et le montant relativement modeste des moyens engagés pour la publicité en faveur du cinéma à la télévision qui ne devraient guère croître compte tenu du développement de la promotion plus ciblée sur Internet, on peut raisonnablement estimer qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation à pérenniser l'autorisation de la publicité pour le cinéma à la télévision. Plus de liberté ainsi donnée aux éditeurs de films permettra de proportionner au mieux les moyens publicitaires à chaque type de film et multipliera pour tout le monde les canaux disponibles.

Dès lors que le Gouvernement a prévu une mesure à titre transitoire pour évaluer les effets de l'expérimentation avant de décider ou non de sa pérennisation, il convient de s'assurer de la qualité de l'évaluation réalisée pour apprécier la pertinence de la mesure de pérennisation proposée par le Gouvernement.

Il est loisible à ce dernier de recourir à ce titre à des prestations de cabinets de conseil privés pour réaliser une analyse technique et quantitative de la mise en œuvre de politiques publiques. Il appartenait au Gouvernement, au vu des conclusions de l'évaluation ainsi réalisée, d'exposer les motifs, qui en sont tirés ou s'appuient sur ces conclusions, pour établir l'opportunité de pérenniser la mesure par un texte réglementaire. La publication au Journal officiel du rapport au Premier ministre de présentation des projets de décret d'application de la loi n° 86 1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, rendue obligatoire en vertu de l'article 27 de cette loi, peut être regardée comme constituant l'énonciation de l'appréciation que porte le Gouvernement sur les résultats de l'étude réalisée, et de la manière dont il en tire les conséquences.

2° L' « expérimentation » de la publicité à la télévision pour le livre

Sur le même modèle que ce qui a été prévu pour le cinéma il y a 4 ans, le décret du 5 avril 2024 autorise, pour une période de 2 ans, la publicité pour le secteur de l'édition littéraire. Ce secteur, ouvert aux services de télévision du câble et du satellite en 2003, demeure en effet prohibé pour les services de la télévision numérique terrestre (TNT). Cette interdiction de la publicité avait pour objectif, initialement, d'éviter l'accès exclusif des grandes maisons d'édition aux écrans publicitaires au détriment des plus petits éditeurs et de préserver les recettes publicitaires des autres médias (presse écrite notamment).

Comme le recommandait l'Autorité de la concurrence (avis précité), il est prévu qu'au plus tard 3 mois avant l'échéance de cette période, le Gouvernement publiera un rapport évaluant l'impact de cette autorisation temporaire notamment sur le secteur de l'industrie du livre afin de se prononcer sur les suites à donner à cette autorisation temporaire. A l'occasion de la consultation publique sur le cinéma, le ministère de la Culture a également demandé aux acteurs concernés leur avis sur une telle « expérimentation », dont il ressort un avis favorable des éditeurs de services de télévision, un avis défavorable de la presse écrite et des afficheurs et un avis défavorable du syndicat national de l'édition, principale organisation du secteur de l'édition littéraire.

A l'instar de la publicité pour le cinéma, l'autorisation de la publicité pour l'édition littéraire devrait représenter une source de revenus supplémentaires pour les régies des chaînes de télévision. Le marché de la publicité pour l'édition littéraire représente environ 100 M€, principalement dirigés vers le numérique (50 %) et, dans une moindre mesure la presse (20 %) et l'affichage (20 %). Compte tenu de l'ampleur restreinte de ce marché, le gain pour la télévision est estimé à 10-20 M€/an à l'issue de la période d'expérimentation. Cette estimation est fondée sur une hypothèse de part de marché de la télévision d'environ 10 % au sein de l'ensemble du marché de la publicité pour l'édition littéraire (à savoir une proportion proche de ce qui a été observé pour le cinéma).

Dans la mesure où il s'agit d'une nouvelle pratique publicitaire pour la télévision gratuite et que l'autorisation intervient en cours d'année, les investissements devraient être limités en 2024 (inférieurs à 10 M€), puis croître en 2025 pour atteindre entre 10 et 20 M€. Il est également attendu que l'autorisation expérimentale de la publicité télévisée pour l'édition littéraire ait un impact favorable sur le développement de la lecture et de l'achat de livres. Plus largement, à l'instar de la publicité pour le cinéma, cette autorisation pourrait permettre d'élargir le marché du livre en amenant un nouveau public à la lecture et d'augmenter le taux de pénétration de la lecture. Mais l'effet restera quand même limité, puisque la grande distribution ne sera pas autorisée à faire elle-même de la promotion pour les livres qu'elle vend en vertu de l'interdiction qui demeure sur ce point dans le décret du 27 mars 1992.

La durée de 2 ans retenue par le décret du 5 avril 2024 pour la nouvelle expérimentation concernant la publicité en faveur du livre à la télévision peut paraître trop courte ou insuffisante pour collecter suffisamment de

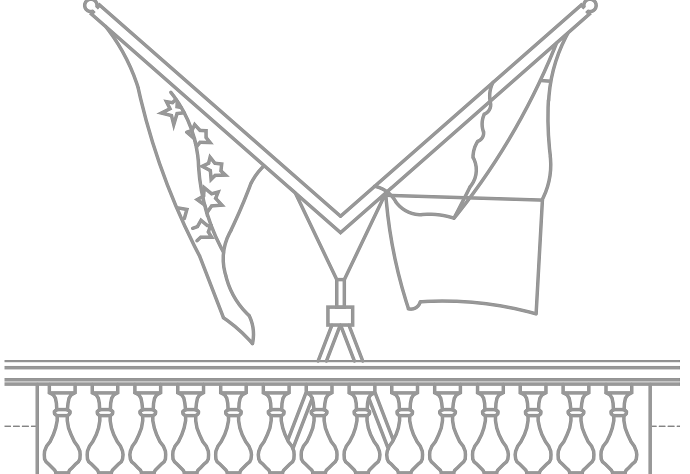
données pertinentes concernant l'évolution du marché publicitaire, compte tenu notamment du délai de trois mois prévu pour la remise du rapport d'évaluation avant le terme de l'autorisation provisoire.

Elle est toutefois pertinente dès lors que la mesure est susceptible d'avoir des effets notables sur les marchés concernés, qui sont tant ceux de la publicité que ceux de l'édition. Un délai bref permet en effet d'arrêter au plus vite l'expérience si elle devait avoir des effets négatifs. Les conséquences directes, en termes de concurrence sur le marché de l'édition et de la diffusion des livres, comme indirectes, par exemple sur le marché de la presse qui peut souffrir de report de modes de publicité, et donc sur le pluralisme, appellent une particulière vigilance.

Enfin, le contenu du rapport d'évaluation de cette nouvelle « expérimentation » est calé sur le modèle de celui concernant le cinéma : il est prévu que le Gouvernement rende public un rapport évaluant les impacts sur le secteur de l'industrie du livre afin de se prononcer sur l'opportunité de pérenniser l'autorisation. Ce rapport doit préciser les impacts sur la commercialisation des livres en fonction des canaux de distribution. Il doit aussi évaluer la diversité des œuvres littéraires ayant bénéficié de messages publicitaires au regard de leur éditeur, du segment éditorial, et des quantités déjà vendues au moment de la diffusion de la publicité. Il comporte un bilan des pratiques promotionnelles mises en œuvre par les éditeurs de services et leurs régies publicitaires. Il doit rendre compte de l'impact sur les radios, la presse écrite et les afficheurs.

Il prévoit enfin de mesurer l'impact notamment au regard de la taille des éditeurs et du budget global de promotion par œuvre et par éditeur, et de prendre également en compte l'impact sur les autres supports publicitaires, à savoir Internet et les réseaux sociaux, qui vont le plus profiter de l'augmentation du marché publicitaire dans les années à venir, même s'il n'y a aujourd'hui aucune mesure des budgets consacrés sur ces supports qui ne sont pas régulés. Cela pourrait inciter le Centre national du livre à lancer une étude sur le sujet, comme l'a fait le CNC pour le cinéma.

Jean-Luc Matt





Une nouvelle gouvernance locale pour l'emploi

Le décret n° 2024-560 du 18 juin 2024 relatif aux comités territoriaux pour l'emploi.

Eclairage de **Sara-Lou Gerber**, rapporteure à la section sociale

Créés par la loi du 18 décembre 2023 pour le plein emploi, les comités territoriaux pour l'emploi sont des instances de dialogue et de coordination qui ont pour rôle d'assurer au niveau régional, départemental et local une bonne articulation entre les acteurs de la politique de l'emploi. A l'occasion de l'examen du décret permettant d'instituer ces comités, le Conseil d'État s'est posé plusieurs questions relatives aux facultés dont disposait le pouvoir règlementaire pour adapter la composition, la gouvernance et le périmètre de ces comités aux spécificités des territoires.

La loi n° 2023 1196 du 18 décembre 2023 pour le plein emploi, connue avant tout pour la métamorphose de Pôle Emploi en France Travail, ne s'est pas limitée à cette évolution institutionnelle du principal opérateur de l'emploi. Elle a également entendu renforcer l'efficacité de l'accompagnement des demandeurs d'emploi en améliorant la coopération entre les nombreux acteurs intervenant au service de cette politique par nature partenariale.

Pour cela, elle a institué un « Réseau pour l'emploi » destiné à rassembler les principaux acteurs des politiques de l'emploi, de la formation professionnelle et de l'insertion (État, collectivités territoriales, France Travail et les opérateurs spécialisés de placement tels que les missions locales et Cap emploi, structures d'insertion par l'activité économique, entreprises d'intérim...).

Afin d'assurer la coordination de ce réseau et la concertation en son sein, la loi a créé un comité national pour l'emploi, installé le 11 avril 2024. Ce comité aura notamment pour rôle de construire le « patrimoine commun » du Réseau pour l'emploi (procédures et critères communs d'orientation des demandeurs d'emploi vers leur organisme de placement référent, socle commun de services, outils numériques interopérables, indicateurs de pilotage communs, etc.), dans le sillage des propositions formulées par Thibaut Guilluy dans son rapport de préfiguration de France Travail.

Mais, mettant de côté ces enjeux nationaux, c'est à la gouvernance locale du Réseau pour l'emploi que s'intéresse cet « Éclairage » de la section sociale, en se penchant sur le décret du 18 juin 2024 qui a structuré, en miroir de ce comité national, les instances territoriales du réseau.

1° L'objet du décret : structurer la gouvernance territoriale du réseau pour l'emploi

L'article L. 5311-10 du code du travail, issu de la loi pour le plein emploi, qui constitue la base légale du décret du 18 juin 2024, prévoit en effet l'instauration de comités territoriaux, auxquels sont confiées quatre missions : piloter la déclinaison locale des orientations stratégiques définies par le Comité national, veiller à la mise en œuvre des actions et procédures du « patrimoine commun », participer au suivi de l'exécution des conventions État/région sur la formation des demandeurs d'emploi ou de toute convention conclue entre l'État et les départements dans le champ des missions du Réseau pour l'emploi et enfin réunir des conférences de financeurs pour l'insertion sociale et professionnelle. En somme, leur rôle est de s'assurer que les territoires soient « à bord » des politiques impulsées au niveau national avec un France Travail rénové, et que les acteurs se coordonnent bien au niveau local.

Les dispositions législatives se montrent peu prescriptives quant à la gouvernance du Réseau pour l'emploi. Elles prévoient l'instauration de comités territoriaux pour l'emploi aux niveaux régional, départemental et local, imposent une présidence conjointe État/collectivité à chaque niveau et pensent une articulation avec des instances préexistantes, mais laissent ensuite une latitude au pouvoir réglementaire pour préciser la composition, l'organisation et le fonctionnement de ces nouveaux comités. La section sociale a été ainsi amenée à se pencher plus particulièrement sur plusieurs dispositions du décret destinées à offrir aux acteurs locaux le maximum de marges de manœuvre pour adapter ces comités aux réalités des territoires.

2° La composition des comités territoriaux : quelle possibilité pour le Premier ministre de confier aux préfets, à des fins d'adaptation locale, une part de son pouvoir d'exécution des lois ?

A l'occasion d'une disposition de prime abord anodine de ce projet de décret, la section sociale s'est trouvée confrontée à l'intéressante question de savoir si le Premier ministre, que l'article 21 de la Constitution désigne comme l'attributaire du pouvoir réglementaire d'exécution des lois, pouvait, par décret en Conseil d'État, déléguer aux préfets une partie de ce pouvoir, et, si oui, sur quel fondement et dans quelles conditions.

Le décret crée en effet au sein des comités territoriaux plusieurs collèges rassemblant, chacun, une catégorie d'acteurs du réseau (les représentants de l'État, des collectivités locales, des partenaires sociaux, des opérateurs de l'emploi). Or, au lieu de fixer, comme on aurait pu s'y attendre, un nombre de représentants précis pour chaque collège, disposant de droits de vote eux-mêmes spécifiés par le décret, le projet soumis par le Gouvernement prévoyait de déléguer aux préfets (de région ou de département suivant le comité concerné) le soin de déterminer le nombre exact de membres de chaque collège ainsi que la répartition fine des voix dans deux d'entre eux, aboutissant ainsi à ne pas épuiser pleinement, au stade du décret, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois en renvoyant aux préfets le soin de prendre des mesures complémentaires.

Or, habituellement, c'est aux ministres que les décrets soumis au Conseil d'État confèrent le pouvoir de compléter certaines mesures réglementaires d'exécution des lois qu'ils n'épuisent pas entièrement, ce qui se matérialise par le renvoi de certaines précisions à des arrêtés ministériels. Une telle délégation résulte d'ailleurs de la lettre même de l'article 21 de la Constitution qui autorise le Premier ministre, chargé de l'exécution des lois, à « déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ».

La section sociale a toutefois estimé qu'aucune norme de rang supérieur n'empêchait le Premier ministre de déléguer à des autorités déconcentrées de l'État le pouvoir de préciser par voie réglementaire certaines mesures d'exécution des lois. Elle a également estimé qu'une telle délégation n'avait pas à être autorisée par la loi, dès lors qu'elle a trait à la répartition des attributions au sein de l'État, domaine relevant par nature de la matière réglementaire. Elle n'a, ainsi, pas lu les dispositions constitutionnelles précitées mentionnant uniquement la délégation de ce pouvoir « aux ministres » comme privant le Premier ministre de la faculté de disposer, même sans base légale, de ce pouvoir qui lui est délégué, pourvu notamment qu'il ne le confie qu'à des autorités de l'État placées sous son autorité hiérarchique, usant par-là, en quelque sorte, de son pouvoir d'organisation du service. Dans pareil cas, les décisions prises par ces autorités demeurent en effet pleinement sous la responsabilité du Gouvernement.

La section sociale a en revanche souligné à l'attention du Gouvernement qu'une telle solution ne serait, pour ces mêmes raisons, pas transposable à une autorité publique autre que l'État, ni à une autorité de l'État qui, ayant le statut d'autorité administrative indépendante, ne serait pas placée sous l'autorité hiérarchique du Premier ministre, la jurisprudence ayant déjà exigé qu'une délégation de pouvoir à ces autorités soit expressément prévue par la loi (voir par exemple pour la Haute autorité de santé, CE, 17 novembre 2010, *Société Arthus consulting, n°320827*).

La section a enfin rappelé que la légalité d'une telle délégation à des autorités déconcentrées était subordonnée, comme la jurisprudence l'exige pour toute délégation de pouvoir en vertu d'un principe général du droit dégagé notamment par l'arrêt d'Assemblée du 2 décembre 1960 Union des voies ferrées (Lebon p. 655), à ce que le Premier ministre définisse avec une précision suffisante le cadre et l'objet des mesures à intervenir, c'est- à-dire qu'il encadre suffisamment les limites dans lesquelles ces autorités pourraient exercer le pouvoir qui leur est délégué.

Elle a considéré également que cette délégation ne se justifiait, eu égard au principe d'égalité, que lorsque l'application de la loi requiert une adaptation de celle-ci à des contextes locaux. Ces conditions étaient bien respectées pour les comités territoriaux pour l'emploi, la délégation aux préfets étant limitée et exclusivement fondée sur le caractère inadapté de la fixation au niveau national d'une règle uniforme de composition de ces instances.

Au-delà de ces considérations juridiques, la section sociale a aussi considéré que cette marge de manœuvre donnée aux préfets était opportune, car propre à assurer une organisation de la gouvernance de la politique de l'emploi adaptée aux réalités territoriales, nécessairement diverses, et, par-là, à permettre à ces acteurs d'agir avec plus d'efficacité.

On peut remarquer au passage que, dans d'autres domaines de l'action publique, des décrets ont pu confier par exemple aux recteurs le soin d'adapter le calendrier scolaire national pour tenir compte de la situation particulière d'un établissement (cf. art. D. 521-1 du code de l'éducation), ou aux directeurs généraux d'agences régionales de santé, agissant au nom de l'État, la faculté d'ajuster le nombre de membres du conseil de surveillance d'un établissement public de santé (art. R. 6143-1 du code de la santé publique).

3° Les périmètres des comités locaux : un souci d'ajustement à la réalité institutionnelle et concrète des territoires

La section s'est également attachée à une autre question touchant à l'adaptation aux réalités des territoires. Face à une loi se bornant à évoquer trois niveaux de comités (régional, départemental et local), était-il possible de retenir dans certains territoires des organisations dérogatoires pour tenir compte, d'une part, de répartitions particulières des compétences des collectivités locales et, d'autre part, de la réalité des bassins d'emploi ?

Sur le premier point, la section sociale a estimé que lorsque la loi mentionnait la région ou le département, il ne faisait aucun doute que le législateur n'avait pas entendu faire référence aux circonscriptions administratives de l'État, mais bien désigner les collectivités dotées de compétences en matière d'emploi, à savoir

la région en ce qui concerne notamment la formation professionnelle, et le département comme chef de file de l'action sociale.

Cela conduisait à juste titre le décret à prévoir, dans le cas où ces mêmes collectivités avaient adopté une organisation particulière de ces compétences, une structuration dérogatoire des comités pour l'emploi pour s'ajuster à cette organisation administrative.

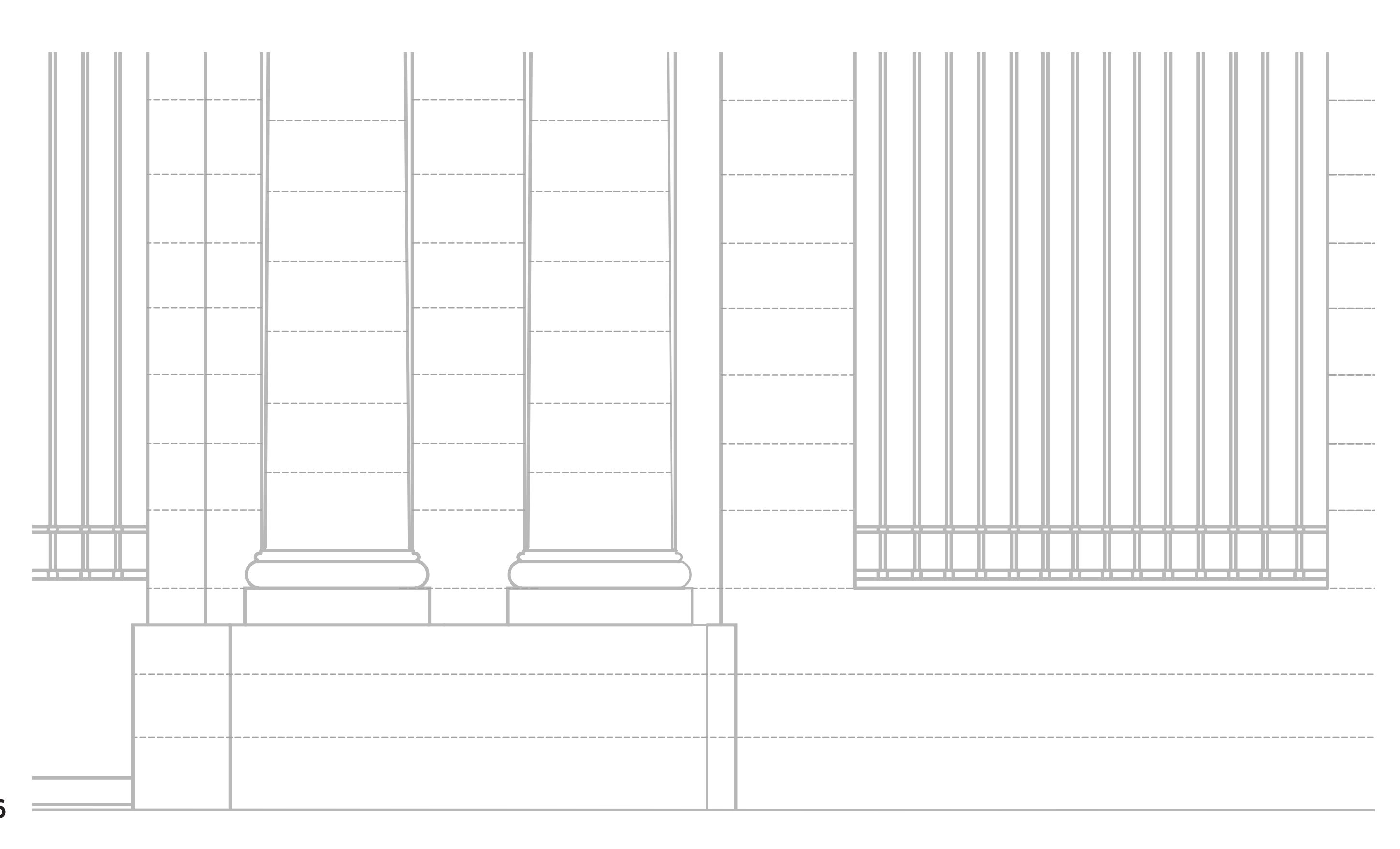
Le décret prévoit ainsi la création de deux comités départementaux dans les limites de la circonscription administrative du Rhône (l'un pour la métropole de Lyon et l'autre pour le département du Rhône) et, à l'inverse, un seul comité départemental en Alsace (la Collectivité européenne d'Alsace regroupant les départements du Bas-Rhin et du Haut-Rhin) ou en Corse (où la collectivité territoriale de Corse s'est substituée aux départements de Haute-Corse et de Corse du Sud).

Sur le second point, la section s'est interrogée sur la possibilité pour le décret de prévoir des comités locaux « à cheval » sur deux comités départementaux, alors que la loi ne mentionnait qu'un seul préfet de département compétent pour en fixer les limites territoriales sans prévoir, apparemment, qu'une telle responsabilité puisse relever de deux préfets. La section a toutefois estimé que cette disposition législative traduisait avant tout la volonté du législateur que les périmètres des comités locaux soient adaptés aux caractéristiques des territoires.

Or, il est bien évident que de nombreux bassins d'emploi ou démarches politiques en la matière dépassent les frontières départementales (par exemple l'aéroport de Roissy, la stratégie « Dunkerque 2030 » qui s'étend sur le Nord et le Pas-de-Calais...). Elle a donc admis que le décret envisage des comités locaux interdépartementaux intéressant conjointement deux préfets.

Elle n'a toutefois pas étendu cette souplesse jusqu'à permettre au décret de prévoir des comités locaux à cheval sur deux régions. La section a en effet relevé qu'outre que la loi n'envisageait l'avis que d'un seul président de conseil régional, autoriser des comités locaux interrégionaux induirait, sous l'angle de la bonne administration, un fonctionnement particulièrement complexe. Bien entendu, dans le cas où des sujets interrégionaux devraient se faire jour, rien n'empêcherait des comités locaux situés dans deux régions de faire des réunions communes.

Sara-Lou Gerber





Services déconcentrés et nouvelle organisation de la police nationale

À propos du décret n° 2023-1013 du 2 novembre 2023

Éclairage de **Michel Delpuech** et **Paul Bernard**, rapporteurs à la section de l'intérieur

Le décret du 2 novembre 2023, dont les effets touchent 86 000 agents publics, procède à une réorganisation profonde de la police nationale, en mettant en place six directions dites « zonales » et, dans chaque département de métropole hors territoire de compétence de la préfecture de police, une direction départementale. Il crée un objet administratif nouveau : les directions interdépartementales de la police nationale. Il occupe, dans la hiérarchie des normes, une place très particulière.

Dès ses premières lignes, le rapport de présentation du projet de décret annonçait l'ambition : « La réorganisation de la police nationale doit entrainer une révision profonde des structures et des modes de gouvernance en application des trois principes directeurs suivants : unicité de commandement, décloisonnement et déconcentration ». Si la déconcentration n'est pas un principe nouveau, les deux autres termes induisent des évolutions profondes. Dans l'organisation d'avant réforme, il y avait, au sein de la direction générale de la police nationale, trois directions opérationnelles intégrées et pilotées depuis le niveau central jusqu'au niveau local, celui-ci étant organisé différemment selon la direction concernée :

- la direction centrale de la sécurité publique, reposant sur une organisation départementale (décret n° 2008-633 du 27 juin 2008) ;

- la direction centrale de la police aux frontières, reposant sur des échelons zonaux et interdépartementaux (décret n° 2012-328 du 6 mars 2012) ;

- la direction centrale de la police judiciaire à l'organisation territoriale complexe faite de deux directions régionales, de cinq directions zonales elles-mêmes composées de dix-huit directions territoriales (décret n° 2020-1776 du 30 décembre 2020).

C'est à ce paysage éclaté, fait de structures hétérogènes vivant indépendamment les unes des autres, que la réforme entend mettre fin. Dans cet objectif, elle met en place une organisation déconcentrée unifiée de la DGPN, avec deux échelons territoriaux : la zone de défense et de sécurité, niveau de la coordination, de la mutualisation, du « reporting » et le département, niveau de la mise en œuvre opérationnelle des missions de la police nationale.

Ce choix correspond aux deux niveaux de compétence préfectorale dans le champ de la sécurité. En revanche il déroge – d'où la nécessité d'un décret en Conseil d'État - au principe fixé par l'article 4 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République qui pose le principe de trois niveaux d'organisation pour les services de l'État: la région, le département, l'arrondissement.

Est ainsi opérée par le décret :

a) la création en métropole, hors zone de défense et de sécurité de Paris, de six directions zonales de la police nationale, avec à l'intérieur de chacune des services métiers (police judiciaire, sécurité publique, renseignement territorial, police aux frontières) et des services « soutien » (recrutement, formation ; stratégie, synthèse, soutien) ; ces directions zonales sont chargées de l'animation, de la coordination, de l'orientation et du contrôle des entités départementales ;

b) la mise en place dans chaque département de métropole, hors territoire de compétence de la préfecture de police, d'une direction départementale de la police nationale, constituée de services métiers ou soutien en miroir de ceux créés au niveau zonal : police judiciaire, sécurité publique, renseignement territorial, recrutement/formation, soutien, et le cas échéant police aux frontières ; lorsque ces directions, pour assumer l'organisation territoriale héritée de la police aux frontières et de la police judiciaire, comprennent en plus des services interdépartementaux issus de ces deux directions centrales, elles sont dénommées directions interdépartementales de la police nationale. En métropole sont ainsi être créées 41 directions départementales et 51 directions interdépartementales.

La réforme des services déconcentrés et celle des services centraux forme un tout, et l'unité de temps pour leur concrétisation juridique eût été bienvenue ; mais tel n'est pas le cas puisque la réorganisation de l'échelon central est déjà intervenue avec le décret n° 2023-530 du 29 juin 2023 relatif à l'organisation de l'administration centrale de la police nationale. Ce décret simple – qui suffisait - a remplacé les directions centrales de la sécurité publique, de la police aux frontières et de la police judiciaire par les directions nationales de la sécurité publique, du renseignement territorial, de la police aux frontières, de la police judiciaire, ces quatre directions nationales étant chargées d'animer les filières métier correspondantes (objectifs,

doctrine, évaluation…). On soulignera à cet égard l'importance de la création d'une direction nationale du renseignement territorial, alors que le service central du renseignement territorial appartenait jusqu'ici à la direction centrale de la sécurité publique. Par ailleurs le décret du 29 juin 2023 a transformé la direction centrale du recrutement et de la formation de la police nationale en une direction chargée du recrutement et de la formation intitulée « académie de police » et la direction des ressources et des compétences de la police nationale en une direction des ressources humaines, des finances et des soutiens de la police nationale. Les directions centrales des CRS et l'IGPN ne sont pas modifiées.

Ce décret simple, cependant, ne pouvait pas modifier les dispositions en R de certains codes, en particulier le code de procédure pénale (catégories de service et compétence judiciaire des OPJ et APJ) et le code de la sécurité intérieure (traitements de données, techniques de renseignement), ni d'autres dispositions qui relèvent du décret en Conseil d'État.

Un objet administratif nouveau

Le décret crée, on l'a vu, un objet administratif non identifié : les directions interdépartementales de la police nationale. Il convient de s'arrêter un instant sur ces directions et sur la présence en leur sein de services interdépartementaux de police judiciaire et de police aux frontières.

En soi, rien de plus « classique » que l'existence de services déconcentrés à compétence interdépartementale. L'article 18 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements en a clairement prévu les conditions d'existence.

Mais, dans l'organisation que met en œuvre le décret, la notion de direction interdépartementale est pour le moins très spécifique. Elle est en effet la conséquence de l'intégration dans une direction unifiée au niveau de chaque département des services interdépartementaux de la police aux frontières, ce qui est simple, mais surtout des services déconcentrés de la police judiciaire, qui n'ont jamais été conçus pour avoir un ancrage départemental, et dont « l'absorption » dans un moule unique « dominé » par l'ancienne sécurité publique a soulevé de nombreuses questions, généré des polémiques, et nourri des inquiétudes, notamment chez les magistrats.

D'où la particularité et la complexité du nouveau paysage administratif ainsi créé. De deux points de vue : **a)** Ce n'est pas vraiment la direction qui est interdépartementale… Dans le schéma mis en place ce sont seulement certains des services (PAF, PJ) que comporte une direction qui peuvent avoir une compétence interdépartementale, et ces services ne représentent qu'une part réduite (de l'ordre du cinquième ou du quart) du total des effectifs de la direction. Pour la majorité de ses missions la direction interdépartementale est simplement départementale…

b) En second lieu, la configuration d'une direction interdépartementale peut répondre à quatre combinaisons différentes. Une DIPN peut comprendre, en effet, selon le cas un service interdépartemental de police judiciaire et un service interdépartemental de police aux frontières ; un service interdépartemental de police judiciaire et un service départemental de police aux frontières ; un service départemental de police judiciaire et un service interdépartemental de police aux frontières ou un service interdépartemental de police judiciaire.

Pour ajouter à la complexité du tableau, on peut signaler qu'existe toujours un service de police judiciaire (non interdépartemental) dans une DDPN, et que certaines DDPN comporteront un service départemental de PAF.

La notion de direction interdépartementale de la police nationale recouvre donc une réalité assez éloignée du concept de base. Mais, notamment parce que cette nouvelle architecture a fait l'objet d'une large concertation avec les organisations syndicales, la section a fait le choix de ne pas revenir sur cette dénomination, le schéma proposé ne méconnaissant aucune règle de droit.

Une place singulière dans la hiérarchie des normes

Le projet de décret contient des dispositions, en particulier celles qui, aux I des articles 2, 3 et 4, définissent les compétences territoriales, qui relèvent à l'évidence du décret en Conseil d'État, et d'autres, notamment, aux II et III des mêmes articles, sur le fonctionnement interne des directions déconcentrées, qui peuvent être regardées comme étant du ressort du décret simple.

Cela n'est pas conforme à la jurisprudence de la section de l'intérieur, dont on connaît la rigueur en la matière, qui, au demeurant, la distingue des pratiques d'autres sections comme celles des finances ou des travaux publics. Cette jurisprudence est rappelée dans une note du 9 mai 2018 (n° 394679) : « Le Conseil d'État rappelle que ce n'est que par exception qu'il est possible, pour modifier la partie réglementaire d'un code, de procéder par un seul décret comprenant à la fois des dispositions relevant du décret en Conseil d'État et des dispositions relevant du décret simple. » La section, cependant, a, en l'espèce, non seulement compris mais soutenu le choix de déroger en l'espèce à la rigueur de cette méthode. **Trois raisons expliquent ce choix.**

a) L'examen de ce projet de décret est une nouvelle occasion de vérifier cette curiosité, prévue par les silences de l'article 34 de la Constitution : sur les questions essentielles de la sécurité, de l'ordre public, du pouvoir des préfets, de l'organisation territoriale de la République, de la répartition des compétences entre les représentants de l'État, les textes de référence sont pour la plupart de niveau réglementaire. Ces matières qui, peut-être plus que toute autre, touchent à l'articulation entre l'exercice des pouvoirs de l'État et celui des libertés individuelles, ne sont presque jamais du ressort de la loi. Il n'est pas incongru, au regard de l'ensemble de la hiérarchie des normes, de leur restituer une part de ce qui leur est dû en les re-

haussant, autant que possible, dans cette hiérarchie, au niveau du décret en Conseil d'État.

b) L'examen, le 26 novembre 2019, par la section de l'intérieur, du projet de décret portant création et organisation des directions territoriales de la police nationale en Guyane, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie avait été l'occasion de vérifier une autre curiosité. Pour citer le rapporteur de ce texte, le président Lamy, qui, sur ce point comme sur les autres, avait été suivi par la section : « La création des directions territoriales de la police nationale relève du décret simple. En matière d'organisation de la police nationale, la hiérarchie des normes est littéralement inversée : ce sont les décrets en Conseil d'État qui sont pris pour l'application des décrets simples. Le fait de rehausser au niveau du décret en Conseil d'État des mesures qui relevaient jusqu'alors du décret simple contribue à remettre la pyramide à l'endroit.

c) Eviter de multiplier les décrets, simples d'un côté et en Conseil d'État de l'autre, est une façon de limiter l'inflation normative sur laquelle le Conseil d'État comme le secrétariat général du Gouvernement sonnent régulièrement l'alerte, depuis plusieurs années. Dans cette logique, le décret ne mêle pas mesures relevant du décret en Conseil d'État et dispositions relevant du décret simple : il élève l'ensemble au niveau du décret en Conseil d'État. Une seule exception à cela : les tableaux qui figurent en annexe et qui définissent les ressorts géographiques des zones de compétence, pour lesquels est prévu un article de demeyetisation (l'article 11) qui épargnera au Gouvernement de revenir devant le Conseil d'État chaque fois qu'il voudra redéfinir, sur la carte de géographie, les zones de compétence des diverses directions zonales ou interdépartementales.

En revanche, parce qu'il y a des limites à l'innovation, le Conseil d'État a disjoint une disposition de la rose qui élevait au niveau du décret en Conseil d'État les règles relatives à la gendarmerie des transports aériens, qui relèvent de l'arrêté (en l'espèce l'arrêté du 28 avril 2006 relatif à l'organisation, à l'emploi et au soutien de la gendarmerie des transports aériens).

Au-delà de ces considérations de principe, ce sujet du niveau de normes soulève une question qui a trait, plus directement, au fonctionnement de l'administration. Le décret va très loin, et très en détail (aux II et III de ses articles 2, 3 et 4), dans la définition de l'organisation interne de la police, et même des services de chaque direction – et même (aux articles 6 et 7) du fonctionnement de la préfecture de police.

Or, selon l'interprétation qui en est faite depuis près d'un siècle, la jurisprudence contentieuse *Jamart* fait du ministre le chef de son administration, qu'il est libre d'organiser comme il l'entend. Le décret, en créant des directions, des sous-directions, des services, en définissant les compétences des directeurs, en distinguant les niveaux départementaux, interdépartementaux, zonaux et surtout en précisant comment chacun d'eux est régi, peut être perçu comme présentant le risque de lier quelque peu les mains du ministre et de ses successeurs. Il peut aussi, là encore, élever au niveau du décret en Conseil d'État des questions d'organisation du service qui pourraient relever du décret simple. Une raison de fond a toutefois conduit la section de l'intérieur à approuver, en l'espèce, le principe d'un décret qui entrerait en détail dans le fonctionnement d'une administration.

Il s'agit de la nature même de l'institution policière. C'est peut-être une part de l'office du Conseil d'État de s'assurer que les principes de la République puissent s'appuyer sur des normes suffisamment claires et solides pour que la forme républicaine des institutions, et des services publics dont celles-ci disposent, garantissent, en toutes circonstances, l'État de droit. Sur une fonction aussi importante que celle de la police, aussi perméable aux risques du soupçon, et dont il faut être toujours sûr qu'elle s'exerce non seulement sans contrevenir aux libertés publiques fondamentales mais encore sans être suspectée de pouvoir le faire, il n'est pas inopportun de créer, ou de maintenir, ou de rassembler, des normes claires, contraignantes et d'interprétation stricte, pour régir son administration. C'est l'une des ambitions de ce projet de décret que de contribuer ainsi à consolider la légitimité de l'action des forces de police. Et en tout état de cause, ni la doctrine ni la pratique ni en particulier la jurisprudence *Jamart* n'ont jamais interdit (on pourrait à la limite ajouter à certains égards : au contraire) à un ministre de fixer par décret le fonctionnement de son administration.

En somme, l'élaboration du décret du 2 novembre 2023 relatif à l'organisation et aux services déconcentrés de la police nationale a été l'occasion d'appliquer une règle, qui est précisément qu'il faut savoir alléger les règles lorsque l'objet le justifie et qu'il convient de réserver, à des textes porteurs d'innovation, des méthodes d'analyse et d'observation elles-mêmes novatrices. Les précédents ont vocation parfois à être copiés, parfois à être imités, parfois aussi à évoluer. C'est à cet exercice, qui consiste à faire rentrer des dispositions neuves dans un cadre ancien, tout en réfléchissant aux changements qu'il est possible d'apporter à ce cadre, qu'il a fallu se livrer. On en retiendra la conviction que la souplesse peut s'allier à la rigueur lorsqu'il s'agit de conduire la réforme structurelle d'une administration qui est au cœur de la vie du pays.

A présent que la préfiguration est étendue à l'échelle nationale, il reste à vérifier que les objectifs de simplification, d'unification et d'harmonisation qui ont inspiré ce décret sont atteints. Après quoi, une fois traversée l'épreuve de la durée, et établie la preuve de l'efficacité, le moment sera venu de créer les conditions nécessaires à la codification de ces dispositions. C'est donc désormais une question d'organisation administrative, de patience et de temps.

Michel Delpuech et Paul Bernard



La création du statut d'apprenti militaire

L'article 34 de la LPM 24-30 et le décret n° 2024-1096 du 2 décembre 2024 relatif à l'apprentissage militaire, au temps de service et au service de nuit des militaires mineurs.

Éclairage de **François-Xavier de Woillemont**, rapporteur à la section de l'administration

Les besoins spécifiques des armées ont conduit le législateur puis le pouvoir réglementaire à définir un statut original d'apprenti militaire dont la section de l'administration a eu à connaître notamment à la faveur de l'examen de la loi de programmation militaire pour les années 2024 à 2030 puis du décret pris pour son application sur ce sujet. Dans le même temps, les dispositions concernant les militaires mineurs qui servent dans les armées ont été explicitement mises en conformité avec le droit international et européen.

L'enseignement technique et préparatoire militaire

Les armées ont un besoin croissant de militaires, principalement militaires du rang et sous-officiers, dans les filières techniques alors même que ces dernières sont soumises à une forte concurrence avec les employeurs civils. Le contenu de ces filières techniques militaires est, pour une large part, très spécifique aux armées et nécessite donc une formation adaptée.

Les armées ont donc développé en interne depuis de nombreuses années un enseignement technique. Ainsi, des centres d'enseignement technique pour des mineurs ont été créés, dès 1834 pour l'école des mousses dans la Marine, puis en 1932 dans l'armée de l'Air, 1948 pour les officiers et à partir de 1960 pour les sous-officiers avec notamment dans l'armée de Terre, l'École nationale technique des sous-officiers d'active (ENTSOA) d'Issoire en 1966.

Ces écoles, à l'exception de celle de l'armée de l'air, ont été supprimées à partir de la fin des années 1980. La mise en œuvre de la professionnalisation des armées a entraîné la fermeture de très nombreuses unités et formations : les armées, privilégiant le maintien des unités opérationnelles, comptaient se reposer sur l'offre de formation technique proposée par l'Éducation nationale.

Pour autant, les difficultés persistantes auxquelles étaient confrontées les armées pour recruter et fidéliser les militaires dans les filières techniques a conduit à la recréation de ces écoles, en 2009 pour l'école des mousses, en 2019 pour celle de l'armée de Terre.

Les établissements militaires d'enseignement préparatoire et technique des trois armées dispensent une éducation alternée sous la forme d'une instruction générale académique, d'une formation professionnelle et enfin d'une formation militaire, sanctionnée par un diplôme ou un titre à finalité professionnelle. Les élèves sont préparés, dans le cadre de cet enseignement, à occuper un emploi de militaire du rang ou de sous-officier.

Attractive pour les candidats qui entrent jeunes en service, cette éducation contribue à leur meilleure fidélisation, par un apprentissage précoce de la vie militaire et une formation ciblée sur l'emploi futur.

Elle constitue un levier pour les armées, « le recrutement par la formation », particulièrement efficace. Ce dispositif vise en priorité les familles professionnelles en tension. Il s'agit notamment de maintenir en condition aéronautique et terrestre pour des systèmes d'armes sophistiqués, du numérique (systèmes d'informations et de communication, cyber), des atomiciens ou encore du renseignement ou des drones.

Le Conseil d'État (section des finances puis de l'administration) a examiné les différents décrets qui créaient ces écoles, ou plutôt qui fixaient les dispositions statutaires applicables à leurs élèves.

Particularité propre à l'organisation des armées, aucun de ces décrets n'a créé ces écoles, ils tirent les

conséquences de cette création décidée par les chefs d'état-major d'armée. Le fondement juridique de ces centres et de ces écoles est constitué par une décision du chef d'état-major de l'armée concernée prise par délégation du ministre des armées et non par un texte de niveau plus élevé .

Ainsi, il est fait référence dans un décret en Conseil d'État à des structures dont la seule existence juridique repose sur une décision. Ces écoles sont donc une réalité révélée par décret en Conseil d'État.

Les établissements concernés sont, pour l'armée de Terre, l'école militaire préparatoire technique de Bourges (EMPT) , pour la Marine nationale, l'école des mousses et les écoles d'enseignement technique de la Marine nationale (EETM) et pour l'armée de l'Air et de l'Espace, l'école d'enseignement technique de l'armée de l'Air et de l'Espace (EETAAE).

Ces écoles forment au baccalauréat professionnel ou technologique, général pour l'AAE, ou au Brevet de technicien supérieur (BTS) pour la Marine. Ces écoles forment en 2024 près de mille élèves, une montée en puissance est prévue dès 2025 pour un objectif de 1300 élèves.

Les élèves de ces écoles étaient admis comme militaires du rang engagés. En conséquence, ils étaient régis par le décret n° 2008-961 du 12 septembre 2008 modifié relatif aux militaires engagés (militaires du rang et sous-officiers). Certaines dispositions du statut particulier des militaires engagés ne leur étant pas adaptées, il s'est avéré nécessaire d'établir un quasi statut particulier pour ces élèves, nécessairement par décret en Conseil d'État, dispositions fixées par chaque décret « école ».

Du « quasi statut » au statut, en deux temps

PREMIER TEMPS : LÉGISLATIF

Lors de l'examen de la loi de programmation militaire (LPM) 24-30, la section de l'administration a été convaincue de la nécessité et de l'opportunité d'inscrire ce régime d'apprentissage au niveau législatif. L'objectif du ministère des Armées, en créant un statut d'apprenti militaire, était de bâtir un statut commun pour les trois armées, d'acter la réalité d'une forme d'apprentissage pratiquée dans ces trois écoles qui pourront ainsi monter en puissance plus facilement, de prendre en compte les spécificités de l'apprentissage militaire qui ne peut totalement correspondre à l'apprentissage sous statut civil défini dans la partie législative du code du travail , de marquer la participation de cet apprentissage à l'effort national en direction de la formation et de l'emploi de la jeunesse et enfin de donner de la visibilité à ce dispositif. C'était enfin l'occasion d'une mise en conformité avec le droit international et européen.

Le terme d'apprenti militaire apparait ainsi pour la première fois dans la LPM 24-30 : son article 34 a introduit dans le code de la défense un chapitre sur l'enseignement technique et préparatoire militaire comprenant trois articles, L. 4153-1 à L. 4153-3, dont le premier indique que, pendant leur formation, les élèves admis sous statut militaire dans les établissements d'enseignement technique et préparatoire militaire ont le statut d'apprentis militaires.

Un statut différent de celui de l'apprentissage civil

Le Sénat a ajouté à l'article 34 un amendement de coordination modifiant le code du travail, qui inscrit expressément dans ce code le fait que les apprentis militaires ne sont pas soumis aux règles de droit commun fixant le régime des apprentis civils.

La modification de l'article L. 6211-1 du code du travail précise que les apprentis militaires ne sont pas soumis au code du travail, et l'article 35 de la LPM 24-30 a modifié l'article L. 6241-5 du même code pour prévoir que les écoles de l'ETPM pourront percevoir le solde de la taxe d'apprentissage au titre des dépenses, prévu au premier alinéa de l'article L. 6241-4.

Enfin, l'article 7 de la LPM 24-30 précise que les apprentis civils et militaires ne sont pas comptabilisés dans les effectifs du ministère des Armées prévus en loi de programmation militaire, ce qui constitue une incitation forte à utiliser cette filière de formation.

Mise en conformité avec le droit européen et international

L'article 34 de la LPM a également permis de mettre le droit français en conformité avec le droit international et celui de l'Union européenne, relatif aux droits de l'enfant, nombre de ces élèves étant mineurs.

Au titre de cette mise en conformité explicite (jusqu'alors uniquement prévue pour les militaires mineurs issus de l'école des mousses), l'article 34 prévoit un aménagement des conditions d'emploi des militaires mineurs : à l'article L. 4121-5-1 du code de la défense sur le temps de service et le service de nuit et à l'article L. 4153-2 sur les activités non académiques autorisées (excluant les activités opérationnelles).

RECRUTEMENT DE MINEURS

L'article L. 4132-1 du code de la défense autorise les recrutements en tant que militaires de mineurs de plus de 16 ans uniquement pour suivre une *« formation générale et professionnelle en qualité de volontaire dans les armées ou en qualité d›engagé dans une école militaire »* ; les apprentis militaires font partie de cette catégorie, et celui des mineurs de plus de 17 ans sans conditions particulières.

La France a ratifié en 2003 le protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication des enfants dans les conflits armés, adopté par l'assemblée générale des Nations Unies le 25 mai 2000. Cet instrument considère comme enfant les personnes de moins de 18 ans, il proscrit leur participation directe à des hostilités (art. 1er) et oblige à mettre en

place des garanties dans la législation (art. 3). Le statut général des militaires ne comportait aucune garantie explicite à cet égard.

Les militaires mineurs ne peuvent donc pas être chargés d'« assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la Nation » (article L. 4111-1 du code de la défense). Leur disponibilité n'est donc pas totale et nécessite une dérogation de niveau législatif.

ACTIVITÉS AUTORISÉES POUR LES MILITAIRES MINEURS

L'article 34 de la LPM en créant l'article L. 4153-2 du code de défense prévoit expressément et de manière limitative les activités hors formation proprement dite que ces élèves pourront accomplir. Outre la participation aux activités des écoles auxquels ils appartiennent (unités non opérationnelles), ils peuvent participer, le cas échéant, à la mise en œuvre des mesures de défense civile, c'est-à-dire des missions non militaires de défense, n'engageant pas la force, le plus souvent au profit des populations. [Le terme « mission de défense civile » initialement proposé par le Gouvernement n'est pas présent dans le CODEF, à la différence de celui de « mesures de défense civile ». La formule retenue lors de l'examen par la section de cet article, « mise en œuvre des mesures de défense civile prévues à l'article L. 1321-2 » permet de les distinguer clairement des « mesures de défense militaire ».]

TEMPS DE SERVICE ET SERVICE DE NUIT DES MILITAIRES MINEURS

Les dispositions de la directive 94/33/CE du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail, prévoient la possibilité de dérogations, par voie législative ou réglementaire :

- Au temps de travail quotidien et hebdomadaire des adolescents, respectivement limité à huit et à quarante heures, autorisées lorsque des raisons objectives le justifient (article 8, 5.) ;
- À l'interdiction du travail de nuit, autorisées pour les travaux effectués dans le cadre des forces armées ou de la police (article 9, 2) ;
- Et aux dérogations à la durée minimale de douze heures et de deux jours fixée pour les périodes de repos quotidien et hebdomadaire, autorisées pour les travaux effectués dans le cadre des forces armées ou de la police (article 10, 4. b).

Dans le respect de cette directive, la LPM 24-30 apporte une limitation au principe de la disponibilité en tout temps et en tout lieu des militaires, cette limitation ne peut être mise en place que par une mesure législative. L'article 34 a modifié pour cela l'article L. 4121-5-1 du code de la défense, dont le premier alinéa est désormais ainsi rédigé :

« Le temps de service des militaires mineurs admis en qualité d'élèves des établissements d›enseignement technique et préparatoire militaire et âgés de plus de seize ans et le temps de service des militaires mineurs de plus de dix-sept ans sont limités à huit heures par jour, sous réserve de dérogations justifiées par l'intérêt de la défense ou de la sécurité nationale prévues par décret en Conseil d'État, dans la limite de onze heures par jour. »

Le Gouvernement prévoyait initialement de limiter le temps de service des militaires mineurs admis en qualité d'élèves des établissements d'enseignement technique et préparatoire militaire à 11 heures par jour. La section a fait le choix de ramener le temps de travail quotidien de ces militaires mineurs à 8 heures, en précisant *« sous réserve de dérogations prévues par DCE »* et en fixant une limite à 11 heures. Cette rédaction visait à encadrer le temps de travail des militaires mineurs de façon plus conforme à la directive 94/33/CE. Lors des travaux parlementaires, a été ajoutée l'incise sur les dérogations *« justifiées par l'intérêt de la défense ou de la sécurité nationale »*.

Dernier alinéa, modifié, de l'article L. 4121-5-1 :

« Sous réserve de disposer d›un temps de récupération ne pouvant être inférieur à huit heures par jour, les militaires mineurs mentionnés au premier alinéa peuvent être tenus d'assurer un service de nuit. Est considéré comme service de nuit tout service de 22 heures à 6 heures. La durée de ce service ne peut dépasser six heures. Il est réservé aux seules activités strictement nécessaires au fonctionnement des unités et des organismes au sein desquels les militaires mineurs sont affectés. »

DEUXIÈME TEMPS, LA DÉCLINAISON RÉGLEMENTAIRE

La section de l'administration a examiné le projet de décret pris en application de l'article 34 de la LPM 24-30 devenu le Décret n° 2024-1096 du 2 décembre 2024 relatif à l'apprentissage militaire, au temps de service et au service de nuit des militaires mineurs. Ce décret tire les conséquences de la création du statut d'apprenti militaire, codifie les dispositions propres au temps de service et au service de nuit pour les mineurs et, enfin, conserve, en les adaptant, les décrets propres à chaque école.

Un décret statutaire commun

Ce décret regroupe les dispositions statutaires communes aux élèves de l'enseignement technique et préparatoire militaire aujourd'hui présentes dans trois décrets distincts relatifs aux élèves des écoles de cet enseignement de chaque armée.

Le statut d'apprenti militaire déroge, comme le quasi statut le faisait déjà, aux dispositions du décret du 12 septembre 2008 relatif aux militaires engagés, notamment sur les points suivants :

- Les élèves perçoivent une solde spéciale, c'est-à-dire fixée en valeur absolue (290 € mensuels la première année, 315 € la seconde), ils sont instruits et entretenus gratuitement ;
- Le rengagement des élèves en qualité d'engagé volontaire sous-officier ou officier marinier est conditionné par l'obtention d'un diplôme ou d'un titre, qui peut être le baccalauréat professionnel ou technologique, alors que cette condition n'existe pas pour le militaire engagé ;
- L'âge maximum au recrutement est plus jeune que dans le régime général où le militaire engagé recruté directement au premier grade de militaire du rang doit être âgé de 30 ans maximum ; alors que cet âge est compris entre 18 et 25 ans au premier jour de leur scolarité pour ces élèves ;
- Le régime des permissions applicables à ces élèves est spécifique, il figure dans le règlement intérieur de l'école ;
- Enfin, ils sont soumis à une obligation d'engagement à l'issue de leur formation ; s'ils ne la respectent pas, ils doivent acquitter la « pantoufle » qui se limite au remboursement des rémunérations perçues.

La loi a également ouvert la possibilité de recruter ces élèves sous le statut de volontaire dans les armées : le décret ajoute donc la possibilité pour les apprentis militaires de souscrire un contrat de volontaire, possibilité expressément prévue pour de futurs apprentis destinés à souscrire un contrat d'officier sous contrat, qui auraient donc le grade d'aspirant en école et seraient soumis à la solde des volontaires et non pas à la solde spéciale. « Coquille vide » pour l'heure, mesure d'anticipation que la section a admise.

Codification des dispositions relatives au temps de service des militaires mineurs

Les modifications apportées à l'article L. 4121-5-1 sur le temps de service et le service de nuit concernent les apprentis militaires mais aussi les mineurs âgés de plus de 17 ans qui servent dans les armées françaises. Aussi, par rapport au projet initial du Gouvernement, la section de l'administration a complété la déclinaison réglementaire de l'article L. 4125-5-1 du cas des mineurs non apprentis de plus de 17 ans en ajoutant deux articles, articles R. 4121-5-3 et R. 4121-5-4.

Le décret complète le chapitre Ier (Exercice des droits civils et politiques) du titre II (Droits et obligations) du livre Ier (Statut général des militaires) de la quatrième partie (le personnel militaire) du code de la défense par des articles R. 4121-5-1 et R. 4121-5-4. Ce positionnement dans le code se justifie, au regard de la place de la disposition législative dans le chapitre consacré aux droits civils et politiques, l'article L. 4121-5 fixe la disponibilité tout temps et tout lieu des militaires, l'article L. 4121-5-1 traite du temps de service, notion étrangère au SGM sauf pour les mineurs, jusqu'alors uniquement pour les mousses, désormais pour tous les militaires mineurs.

Sur le temps de service des apprentis mineurs, l'article R 4121-5-1 créé par ce décret prévoit ces dérogations pour les apprentis mineurs dans trois cas qui relèvent bien toutes de l'intérêt de la défense et de la sécurité intérieure :

« - en cas d'exigences ou de contraintes particulières résultant du programme scolaire suivi ;

Il y avait lieu de s'interroger sur le rattachement de ce motif de dérogation à l'intérêt de la défense nationale. Le Gouvernement a estimé, à raison, qu'au-delà d'être une simple formation académique, le programme scolaire est intrinsèquement lié à l'employabilité future des militaires. Ces militaires ont vocation à être affectés dès la fin de leur formation en unité opérationnelle. Les connaissances acquises par ces derniers dans leurs domaines d'expertise résultent essentiellement de l'exécution du programme scolaire dans son intégralité. L'assurance d'un programme scolaire complet constitue bien un intérêt de la défense.

« - en cas de nécessité liée à la formation militaire dispensée ;

Il s'agit de périodes d'instruction visant à acculturer les élèves à la vie militaire.

« - en cas de participation aux mesures de défense civile prévues à l'article L. 1321-2 », les activités sont autorisées et elles permettent une dérogation au temps de service.

L'article R. 4121-5-3 traite des mineurs non apprentis, en fixant des dérogations adaptées à leur affectation en unité, préparation opérationnelle, activité opérationnelle, formation le cas échéant et enfin participation à des missions de défense civile.

Sur le service de nuit des apprentis mineurs, le décret crée un article R. 4121-5-2 qui, tout en rappelant l'obligation de disposer d'un temps de récupération d'au moins 8 heures par jour, prévoit trois motifs de dérogation, dans le cadre de leur formation, uniquement lorsque cela est indispensable à l'apprentissage dispensé (embarquement, exercices et tirs de nuit) ou pour participer à des mesures de défense civile.

La dérogation autorisée par la loi ne s'applique que pour *« les seules activités strictement nécessaires au fonctionnement des unités et des organismes au sein desquels les militaires mineurs sont affectés »*. Comment faut-il considérer la participation aux missions de défense civile ?

D'une part, les travaux parlementaires montrent que le législateur a bien inclus ces activités dans le champ de la dérogation. D'autre part, les réquisitions effectuées dans le cadre de mesures de défense non militaires ne portent pas sur des agents nommément désignés mais sur des unités. Or, ces réquisitions emportent nécessairement, au regard des effectifs militaire requis, des im-

pacts sur le fonctionnement des unités et organismes considérés. Il en résulte qu'une réquisition dans le cadre de la mise en œuvre de mesures de défense non militaires entraîne des activités nécessaires au fonctionnement des unités et des organismes militaires.

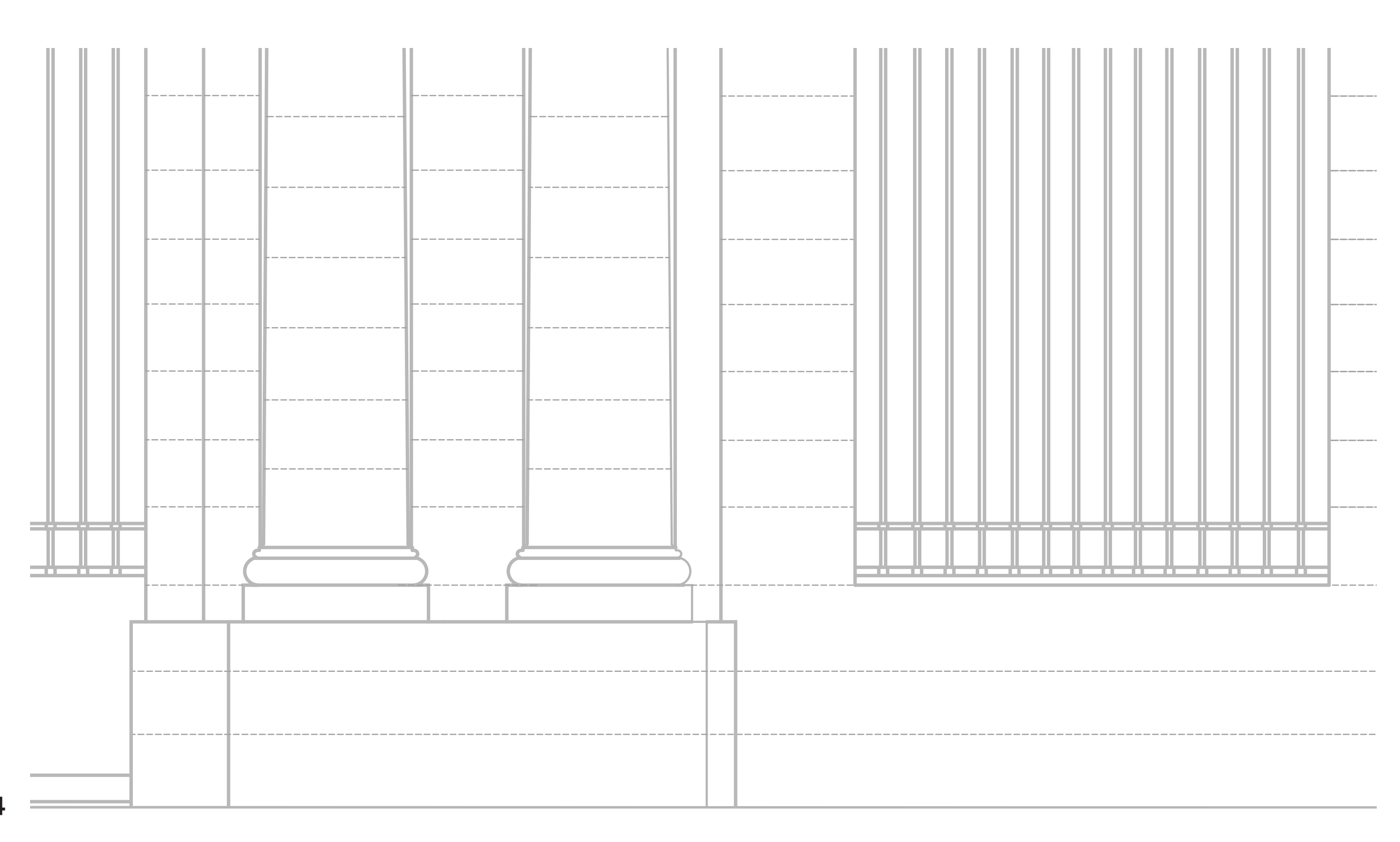
L'article R. 4121-5-4 traite des mineurs non apprentis, de plus de 17 ans, pour lesquels trois motifs de dérogation sont retenus, adaptés à leur affectation en unité opérationnelle : embarquement (quart de nuit), nécessité liée à la préparation opérationnelle ou aux activités opérationnelles et participation aux mesures de défense civile.

Des décrets propres à chaque école

Les statuts particuliers des différentes écoles sont conservés et préservent les spécificités propres à chaque filière de formation d'apprentissage militaire (âges et conditions d'accès, durée des formations, durée des engagements proposés au terme de l'apprentissage, régime statutaire de volontaire ou d'engagé et régime de solde, régime des permissions, etc.). Ils pourront être modifiés à l'avenir, notamment pour mettre à jour les formations dispensées.

Au total, nous avons donc un paysage complet dont chaque étape a été examinée par le Conseil d'État : le code de la défense dans sa partie législative (création du régime d'apprentissage militaire, garanties en conformité avec le droit international et européen, dérogation au principe de disponibilité des militaires) et sa partie réglementaire (déclinaison des temps de service et service de nuit pour les militaires mineurs, en conformité avec le droit international et européen), le décret statutaire commun et les décrets propres à chaque école (recrutement, scolarité, organisation et fonctionnement de l'école, modalités d'engagement post scolarité).

François-Xavier de Woillemont





Le statut des archives publiques en Polynésie française

Éclairage de **Céline Boniface**, rapporteure à la section de l'intérieur

Une demande d'avis sur la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française offre l'occasion de s'interroger sur les lignes de force du droit des archives : quelle règle de principe détermine la répartition des compétences normatives en la matière ? Existe-t-il des hypothèses dans lesquelles ce critère général n'épuiserait pas la compétence ? Avant de proposer une articulation des compétences normatives, les difficultés matérielles de conservation des archives publiques conduisent à interroger l'existence – ou le besoin d'affirmer- d'un devoir de réglementer les archives et, au-delà, d'un devoir de s'assurer que cette réglementation est effectivement mise en œuvre.

Cette convention ne paraît pas, avec le recul du temps, avoir la portée que cette déclaration symbolique aurait pu laisser envisager. Elle avait principalement pour objet de définir ce que sont les « archives de l'État en Polynésie », entendues par référence à la source et au lieu de leur production, et de confier au service territorial des archives (relevant du Pays), la mission d'assurer le contrôle technique et scientifique de la sélection des archives, puis leur conservation.

Elle importait surtout un ensemble de règles recopiées directement des dispositions de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, et constituait l'unique régime juridique considéré comme applicable aux archives de l'État en Polynésie française.

Unique, car les lois successives relatives aux archives publiques n'ont, dans leur immense majorité, pas fait l'objet de disposition d'application expresse en Polynésie française. Quant aux quelques dispositions adaptant le droit applicable à ce territoire, elles laissent plutôt comprendre que le code du patrimoine, en ce qu'il traite des archives publiques, ne s'appliquerait pas en Polynésie[2].

La Polynésie française a de son côté édicté une réglementation qui ne s'applique, fort logiquement, qu'aux archives qui, pour le résumer rapidement, procèdent de l'activité de ses administrations[3].

La mise en œuvre de cette convention fut la cause d'une lente dégradation des relations entre le service interministériel des archives de France et le service territorial des archives (SPAA-TPFT), qui trouve sa cause profonde dans une problématique matérielle et financière perçue comme difficilement surmontable.

Le ministère de la Culture a engagé des missions d'assistance et d'inspection et l'Assemblée de Polynésie a diligenté une importante mission d'information sur l'accès aux archives publiques en 2022. Sous des prismes différents, chacun de ces rapports dresse la triste chronique de la disparition annoncée de ce « patrimoine commun ».

Le président de la Polynésie française a dénoncé en 2021 cette convention au motif, factuellement peu contestable, qu'elle avait pour objet et pour effet de déléguer aux personnels de la Polynésie française, et plus particulièrement à celui du service territorial des archives, des missions qui relèveraient de la compétence de l'État, ce que la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ne permet pas.

Cette dénonciation, dont il ne s'agit évidemment d'apprécier ni le bien-fondé ni la légitimité, a entrainé deux conséquences principales.

En découle d'abord ce qui est perçu comme un vide juridique, une absence de réglementation applicable localement aux archives de l'État et des communes, antérieurement pallié de manière incertaine par le recours à cette convention qui dupliquait (partiellement seulement puisque les communes n'étaient pas dans le périmètre de la convention) le contenu des dispositions de droit national en vigueur au jour de sa conclusion.

Ensuite, elle a de facto supprimé le cadre de traitement des archives produites par les services de l'État, qui ne sont plus collectées, triées et encore moins conservées

dans les conditions applicables aux mêmes documents produits ailleurs sur le territoire national.

Ces documents ne sont que difficilement accessibles au public, participant notamment aux difficultés de résolution du désordre foncier qui touche la Polynésie[4].

C'est dans ce contexte sensible que le tribunal administratif de Papeete, a été saisi d'une demande d'avis par le président de la Polynésie française en application des dispositions de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Au regard de son objet la demande a été transmise par le tribunal au Conseil d'État en application des mêmes dispositions. Elle se présente sous la forme de six séries de questions, regroupant plusieurs sous-interrogations, qui portent dans leur ensemble sur la détermination de l'autorité compétente entre l'État et la Polynésie française aux fins de définir le régime applicable aux archives du Pays, de l'État et des communes.

Ces questions impliquent de répondre à la préoccupation première des autorités, qui est celle de l'existence d'un devoir de réglementer les archives et, au-delà, d'un devoir de s'assurer que cette réglementation est effectivement mise en œuvre **(I)**, puis de rechercher la règle de principe qui détermine la répartition des compétences normatives **(II)** avant, enfin, d'aborder ce qui se conçoit comme des exceptions ou du moins, des hypothèses dans lesquelles le critère général n'épuiserait pas la compétence **(III)**.

Avant de répondre à ces interrogations, il faut s'accorder sur ce que recouvre la notion d'archives publiques. A cet égard il faut se reporter à l'article L. 211-4 du code du patrimoine qui dispose que *« Les archives publiques sont : 1° Les documents qui procèdent de l'activité de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public. (…) »*. Il a déjà été jugé, aux conclusions d'Edouard Crepey, que cette définition présente un caractère récognitif [5] - autrement dit, un document produit par une administration n'a pas réellement besoin d'un texte pour être qualifié d'archive publique.

Cette définition trouve un écho dans celle retenue par l'article 3 de la délibération de la Polynésie n° 83-81 du 28 avril 1983 portant sur la réglementation archivistique en Polynésie française, qui dispose notamment que : *« sont des archives publiques les documents qui procèdent de l'activité de l'administration du territoire, des établissements et des entreprises publiques »*.

Les définitions des deux corpus normatifs, qui renvoient à la production documentaire qui procède de l'activité des administrations publiques, sont très proches, de sorte que la notion d' *« archive publique »* ne présente pas d'ambiguïté particulière dans le cadre de cette demande d'avis.

I. L'existence d'une règle de conduite de l'administration lui imposant, même en l'absence de disposition, de conserver ses archives

Comme indiqué plus haut, du point de vue au moins de la Polynésie française, la problématique des archives est d'abord une question de moyens humains, matériels et financiers, ce qui explique la part des questions tendant à déterminer s'il revient à l'État d'exercer *matériellement* la compétence sur les archives produites par ses services, ou encore aux communes d'exercer *matériellement* la compétence sur les archives produites par leurs services.

Pour autant, la notion de répartition des compétences au sens de la loi organique s'entend en principe plutôt de la répartition des compétences respectives de l'État, de la Polynésie française et des communes : il s'agit d'une compétence pour légiférer ou réglementer certaines matières.

Lorsqu'une entité est compétente dans une matière, il lui appartient de déterminer les règles qui lui sont applicables, et plus particulièrement, pour ce qui nous concerne, de désigner le responsable de leur mise en œuvre.

La loi organique n'ignore pour autant pas la compétence pour mettre en œuvre une norme édictée par un autre - c'est le sens de la différence de rédaction, à l'article 14, de la disposition qui confie à l'État la compétence de toute la matière du domaine public de l'État, alors qu'il n'est compétent que pour fixer les « règles applicables » au domaine public communal. Cette rédaction traduit la compétence propre des communes, dont le principe est rappelé à l'article 13 de la loi organique, pour mettre en œuvre, dans les conditions qui sont d'ailleurs celles du droit commun, les normes édictées par l'État.

Il est dès lors possible, dans ces limites, d'aborder les questions de compétence matérielle effective sans pour autant empiéter sur la compétence du pouvoir normatif.

Pour répondre à cette préoccupation, il apparaît nécessaire de rappeler l'existence d'une règle, non écrite mais générale, selon laquelle *la conduite de l'action administrative implique en principe la conservation des archives*.

Cette règle n'est en réalité pas novatrice : elle peut se déduire par exemple de l'affirmation à l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques lorsque ses dispositions sont applicables, de l'appartenance des archives publiques au domaine public de celui qui en est le propriétaire et de l'article L. 211-2 du code du patrimoine qui prescrit que « *la conservation des archives est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche.* »

Ce devoir trouve sa source en premier lieu dans le droit constitutionnellement protégé pour les administrés de demander compte aux agents publics de l'exercice de leurs compétences. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que l'article 15 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » avait pour effet de garantir le droit d'accès aux documents d'archives publiques, sous réserve de la possibilité pour le législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général. (*Cf.* décisions n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017 et n° 2021-822 DC du 30 juillet 2021).

Le raisonnement est en somme seulement inversé : la reconnaissance d'un droit d'accès aux archives publiques implique nécessairement l'obligation pour les administrations de les conserver pour pouvoir les présenter.

En second lieu, sans rechercher de racines trop lointaines, ce devoir est rattaché aux principes constitutionnels de continuité de l'État et de continuité du service public (principe de valeur constitutionnelle[6]). En ce sens, l'obligation d'assurer effectivement la conservation des archives qui procèdent de l'activité d'une administration constitue une forme de devoir de l'administration à l'égard d'elle-même, de conserver les documents qui seront utiles dans l'avenir à l'exécution de ses missions.

Enfin, il pourrait être soutenu que, dans l'intérêt d'une bonne administration, l'obligation de conservation des archives participe d'un devoir culturel d'histoire, sinon de mémoire à l'égard des générations futures.

II. L'identification d'une règle principale de partage de compétences propres de l'État, de la Polynésie et des communes de Polynésie sur les archives publiques

La répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État obéit à une logique de compétence d'attribution proche de celle présidant à l'articulation des articles 34 et 37 de la Constitution : les compétences de l'État sont limitativement énumérées par les articles 7 et 14 de la loi organique du 27 février 2004[7], tandis que les matières non expressément prévues dans cette énumération relèvent nécessairement de la compétence du Pays.

Sur le fondement de ces principes, la méthode à suivre consiste donc à déterminer si la loi organique statutaire – ou, le cas échéant, les principes constitutionnels – attribuent à l'État la compétence en matière de réglementation et de gestion des archives publiques. Le lecteur des dispositions que l'on vient de rappeler mesurera rapidement la diversité des catégories qu'il pourrait mobiliser pour répondre aux questions, aussi faut-il conserver à l'esprit l'exigence de simplicité et de lisibilité du dispositif, en évitant de démultiplier les frontières entre matières transférables ou non.

Le droit des archives couvre tout à la fois la définition des archives (publiques, pour ce qui relève de cette demande d'avis, mais aussi privées), les conditions de collecte, de versement, de tri des archives, leur régime propre (par exemple, leur caractère inaliénable ou les restrictions à leur exportation), les modalités devant présider à leur conservation et à leur communicabilité et bien entendu ce qui relève de la mise en œuvre pratique des règles, à l'instar par exemple de celles organisant de fait leur communication.

Si l'on s'attache à la recherche d'un critère susceptible de caractériser la matière dans son entièreté, le constat que le droit positif traite le droit des archives comme une composante du droit du domaine public offre une réponse qui paraît appropriée. C'est ainsi qu'il découle tant des dispositions du code général de la propriété des personnes publiques (article L. 2112-1 CG3P) que de la jurisprudence contentieuse[8] que le simple fait d'avoir le caractère d'archives publiques suffit à faire regarder un document comme appartenant au domaine public de la personne qui en est son propriétaire.

De même, le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance ayant créé la partie législative du CG3P souligne le lien qui existe entre la notion de domaine public et les règles particulière relatives aux archives publiques, traitant ainsi le code du patrimoine comme un code « technique » ou « suiveur », déclinant pour certains biens du domaine public des règles de gestion particulières.

Or, en application de l'article 14 de la loi organique du 27 février 2004, l'État est compétent pour fixer les règles relatives au domaine public communal ainsi qu'aux domaine public et privé de l'État et de ses établissements publics.

Dans ces conditions, il faut retenir que la réglementation particulière applicable aux archives publiques se rattache aux règles relatives au domaine public au sens de la disposition précitée.

En somme, de la production d'une archive découle sa propriété, de cette propriété, l'appartenance au domaine public du propriétaire et, de là, la compétence, au sens de la loi organique, pour édicter des normes s'y appliquant.

Le rattachement des archives publiques au domaine public permet en outre de régler, en tant que de besoin, le sort des archives anciennes, y compris celles qui datent des premières relations entre la France et le Royaume de Pomaré. Le droit des archives publiques étant guidé par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, l'ensemble des documents qui ont procédé de l'activité de l'État en Polynésie, sous quelque statut que ce soit, est une archive publique de l'État et appartient comme telle à son domaine public.

Toutefois cette conception domaniale des archives

publiques n'épuise pas le sujet : les archives ne sont pas un bien tout à fait comme les autres, elles présentent des particularismes tenant à leur régime, mais aussi à leur utilité, qui conduisent à envisager des hypothèses de compétences qui se détachent de la domanialité.

III. La reconnaissance de compétences non fondées sur la domanialité des archives publiques

L'article 74 de la Constitution réserve à l'État la compétence dans les matières énumérées au quatrième alinéa de son article 73, parmi lesquelles figure la garantie des libertés publiques. L'article 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française reprend ces dispositions et précise que : *« Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : (…) 2° la garantie des libertés publiques »*. La jurisprudence du Conseil constitutionnel applicable aux archives publiques permet, en l'état, d'identifier au moins une partie du régime des archives comme relevant de la garantie des libertés publiques.

Il a d'abord jugé que *« les règles relatives à l'étendue du droit des citoyens d'obtenir communication des documents administratifs mettent en cause les garanties des libertés publiques »*[9], puis érigé en droit constitutionnellement protégé l'accès aux documents d'archives publiques sans distinction de leur nature[10].

Il a ensuite consacré le rattachement du droit de la protection des données personnelles à la notion de *garantie des libertés publiques*, au sens cette fois de l'article 34 de la Constitution, mais le raisonnement est sans difficulté transposable au cadre juridique qui nous occupe : il s'agit de la même notion utilisée par l'article 34 pour préserver la compétence du législateur, puis par l'article 74 pour préserver celle que l'État ne peut transférer aux collectivités d'outre-mer[11].

Il se déduit de ce qui précède que l'État est notamment compétent, au titre de la garantie des libertés publiques, pour fixer les règles relatives au principe de la communicabilité de l'ensemble des archives publiques, sans distinction du régime qui leur est applicable, et aux délais dans lesquels le droit d'en obtenir communication peut s'exercer, ainsi qu'à la protection des données personnelles qu'elles contiennent.

Au surplus, il n'y aurait rien d'innovant à considérer que certaines règles de fond applicables à une matière, participent à la nature de celle-ci, en empruntent alors le régime, et ne peuvent être édictées que par l'autorité compétente au fond.

Ce raisonnement est transposable aux matières pour lesquelles la réglementation du fond du droit est indissociable de la réglementation applicable à la production documentaire qui s'y rattache et, singulièrement, au droit pour les tiers d'y avoir accès – et, incidemment, ce raisonnement est applicable tant à la Polynésie qu'à l'État.

Cette « logique de bloc », qui conduit à conférer à l'État ou à la Polynésie une compétence résiduelle pour déterminer certains aspects de la réglementation des archives publiques appartenant au domaine public de l'autre, ne sera sans doute pas des plus simples à manier. Elle imposera une appréciation au cas par cas, guidée par la finalité de la règle et l'impératif d'assurer l'effectivité des compétences conférées à chacune par la loi organique.

Enfin, la délimitation de ces compétences respectives n'interdit pas aux communes, en application de l'article 55 de la loi organique du 27 février 2004, de confier par convention à la Polynésie française la mise en œuvre des missions de service public relatives à leurs archives publiques.

Il faut encore appeler l'attention sur le fait que les notions qui servent à définir la compétence de l'État pour réglementer les archives sont aussi celles qui, lues au prisme de l'article 7 de la loi organique de 2004, peuvent emporter l'application de plein droit de certaines dispositions législatives et réglementaires (c'est notamment le cas pour les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations de l'État, de ses établissements publics ou avec celles des communes et de leurs établissements publics (article 7, 7°) et plus généralement pour la domanialité (article 7, 3°).

Les analyses qui précèdent ne sont ainsi pas sans incidence sur la détermination de la loi applicable aux archives en Polynésie, et imposeront sans doute des évolutions législatives de mise en cohérence. Il reste à souhaiter qu'elles participent à la mise en œuvre des engagements détaillés dans la Convention État-Polynésie française n° 9-23 du 17 mars 2023 relative à la culture, aux termes de laquelle les parties s'engagent à mettre en place un partenariat resserré dont le premier objectif est de *« stabiliser le cadre juridique des archives produites par l'État en Polynésie française »*.

Céline Boniface

Références

[1] Convention n° 88-7 du 31 mars 1988 sur la conservation, la communication et duplication des archives intéressant la Polynésie française.

[2] Par exemple, l'article L. 5631-1 du code général de la propriété des personnes publiques excluant de la définition du domaine public mobilier de l'État la référence aux archives publiques telles que définies par le code du patrimoine, ou encore l'article L. 555-15 du code des relations entre le public et l'administration, qui pour fixer les règles de communicabilité des documents administratifs en Polynésie française, écarte les renvois qui sont opérés par ce code au code du patrimoine, pour les remplacer par une référence à la réglementation localement applicable.

[3] Notamment, la délibération n° 83-81 du 28 avril 1983 portant sur la réglementation archivistique en Polynésie française.

[4] Voir notamment, le discours de JJ. Urvoas, Garde des sceaux, ministre de la Justice, à l'occasion de la remise du rapport Pastorel, précédant l'installation d'un tribunal foncier compétent pour connaître des affaires de terres, issue de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Celle-ci a ainsi complété la loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, en instituant un tribunal spécifique en matière d'affaires de terre.

[5] CE, Assemblée, 13 avril 2018, Association du musée des lettres et manuscrits et autres, n°410939, A

[6] Voir notamment la décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007

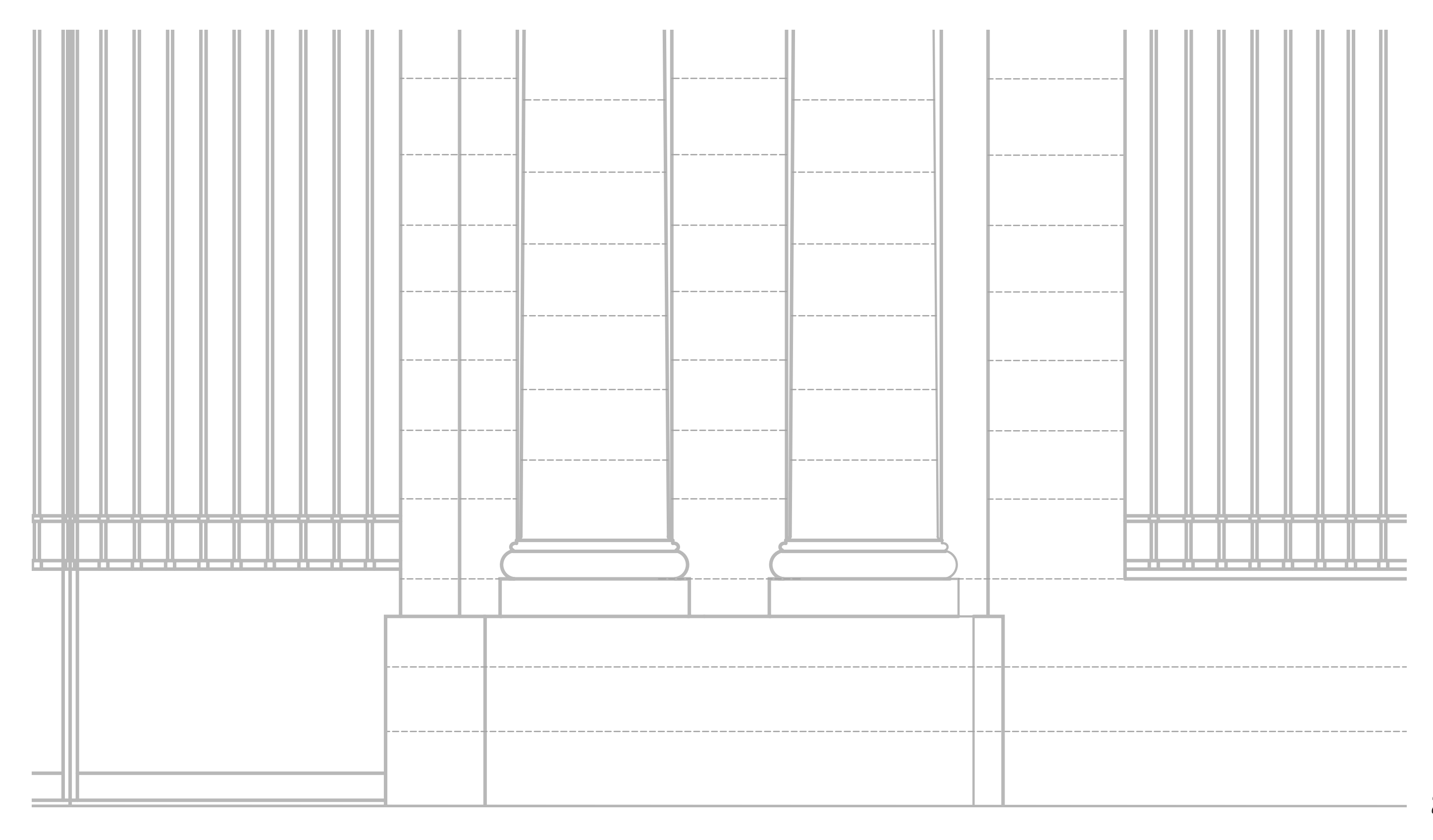
[7] A ce schéma général, le Conseil constitutionnel a apporté deux précisions dans sa décision 2004-490 DC du 12 février 2004 : d'abord, l'énumération à laquelle renvoie l'article 7 n'épuise pas la compétence de l'Etat - réserve d'interprétation qui renvoie à la catégorie des « lois de souveraineté » ; ensuite, il existe une liste de matières (un « noyau dur régalien » selon le commentaire aux Cahiers) pour lesquelles la Constitution exclut explicitement le transfert de compétences au profit des collectivités régies par son article 74, telles que la Polynésie française, mais qui recoupe en grande partie les compétences exclusives de l'Etat telles que listées par l'article 14 de la LO.

[8] Conseil d'État (CE, 8/3 SSR, 9 novembre 2011, ministre de la Défense c/ M. Murat de Chasseloup-Laubat, n°331500, B) et Tribunal des conflits (TC, 9 juillet 2012, ministre de la Défense c/ Murat de Chasseloup-Laubat, n°C3857, A)

10. Décision n° 2014-5 LOM du 23 octobre 2014

[10]. Décision n° 2017-655 QPC, 15 septembre 2017 ; décision n° 2021-822 DC, 30 juillet 2021

[11] Décision n° 2012-652 DC, 22 mars 2012, cons. 7, 8





L'Observatoire de Paris

Décret n° 2024-900 du 4 octobre 2024

Éclairage de Marie Lehman, rapporteure à la section de l'administration

Fer de lance de l'astronomie française, l'Observatoire de Paris, établissement public multiséculaire, s'est récemment réorganisé afin que l'exercice de ses missions, portant notamment sur l'acquisition de la connaissance de l'Univers, se poursuive dans des conditions optimales. L'examen du projet de décret portant sur cette réorganisation a donné au Conseil d'État l'occasion de se pencher sur la vénérable loi du 7 messidor an III et sur le principe cardinal d'autonomie des établissements publics.

Des institutions chargées d'observer l'espace depuis des siècles…

Fondé par Colbert en 1667, l'Observatoire de Paris comporte aujourd'hui trois campus : outre ceux de Paris et Meudon, dont l'observatoire lui fut rattaché sous la IIIe République, il est également implanté à Nançay (Cher), où se trouve l'observatoire radioastronomique inauguré en 1965 par le Général de Gaulle. Il est le plus grand pôle national de recherche en astronomie : un quart des astronomes français y poursuivent leurs recherches.

Initialement, l'Observatoire n'était pas indépendant puisqu'il fut rattaché au Bureau des longitudes par la loi du 7 messidor an III (24 juin 1795), laquelle s'inscrivait dans la recomposition de la science française impulsée par l'élan révolutionnaire. Créé pour, selon les termes du rapport présenté par l'abbé Grégoire à la Convention, « *reprendre aux Anglais la maîtrise des mers* », grâce à l'amélioration de la détermination des longitudes en mer, le Bureau des longitudes devint très rapidement, par ses liens privilégiés avec l'Observatoire de Paris, l'épicentre de l'astronomie française au début du XIXe siècle. Composé d'astronomes, de navigateurs et de constructeurs d'instruments, il s'érige alors en concurrent français du *Board of Longitude* britannique.

Organisé par deux textes qui demeurent seuls aujourd'hui en vigueur, la loi du 7 messidor an III et un décret[1] du 15 mai 1874 modifié[2], le Bureau des longitudes est juridiquement une ombre. Créé au même moment que l'Institut de France, ce bureau avait le même statut ou plutôt la même absence de statut que ses composantes. C'était en fait une académie, même s'il ne portait pas cette dénomination, qui n'a pas été rattachée à l'Institut de France, bien qu'il y siégeât : une académie de savants chargée de rédiger « *la Connaissance des temps à l'usage des astronomes et des navigateurs* », les éphémérides nautiques et aéronautiques, d'en assurer la publication trois ans au moins à l'avance, de rédiger et publier un annuaire, « *de perfectionner les tables astronomiques et les méthodes des longitudes et de s'occuper de la publication des méthodes astronomiques et météorologiques* ».

La Connaissance des temps, dont le premier volume concerne l'année 1679, est la plus ancienne de toutes les éphémérides. La fonction de base des éphémérides est de pouvoir connaître à chaque instant, et plus particulièrement à l'avance, la position des astres (le Soleil, la Lune, les planètes, les étoiles…) dans l'espace et de fournir les éléments propres à la définition des calendriers. A cette fin, il est nécessaire d'établir des modèles théoriques du mouvement des astres avec la plus grande précision possible. La modélisation parfaite de tous les effets physiques mis en jeu et la garantie du maintien de la précision des positions calculées requièrent ainsi les connaissances les plus fines en mécanique céleste et en planétologie ainsi que l'observation très régulière des astres, au sol, depuis l'espace ou à partir de satellites et missions spatiales, qui fournissent des informations très précises sur la position des objets du système solaire. Une fois les modèles théoriques construits, ces positions calculées sont mises à la disposition des utilisateurs. Leurs usages sont en effet multiples : utiles pour l'armée et la navigation maritime, les éphémérides sont également indispensables à la préparation et à l'exploitation des don-

nées des missions spatiales dans le système solaire. Des éphémérides ont ainsi été produites spécialement pour la mission spatiale JUICE de l'Agence spatiale européenne, partie en juillet 2023 explorer la planète Jupiter et ses satellites. Les éphémérides sont aussi utiles à la recherche et à l'astronomie, ainsi qu'à la société civile : notamment, les heures de lever et coucher du Soleil déterminent les horaires de pêche et de chasse ; afin d'éviter les éblouissements des pilotes, les aéroports ont besoin de connaître les heures de lever de Soleil et l'azimut au lever.

… sur lesquelles le temps n'a pas eu la même prise.

L'écoulement du temps n'a pas permis au Bureau des longitudes d'acquérir un statut juridique, au contraire de l'Observatoire de Paris, qui en a été détaché et rendu indépendant par le décret du 30 janvier 1854. Selon le rapport fait à Napoléon III, ce décret visait à confier à l'Observatoire de Paris la mission de perfectionner l'astronomie d'observation, le Bureau des longitudes endossant quant à lui le rôle de « *sanctuaire de l'astronomie théorique, de l'astronomie de calcul* ». Actuellement géré par un service du ministère chargé de l'enseignement supérieur, ce bureau n'est aujourd'hui mentionné qu'à l'article D. 112-10 du code de la recherche, parmi les « organismes publics et services à compétences nationale ». Il a cependant conservé un service, son unique service, sans existence juridique propre, resté dans son ombre pendant près de deux siècles, l'institut de mécanique céleste et de calcul des éphémérides. Finalement juridiquement rattaché à l'Observatoire de Paris par le décret n° 98446 du 2 juin 1998 qui lui octroyait une certaine autonomie et le maintenait placé sous la maîtrise scientifique du Bureau des longitudes, cet institut était chargé d'apporter son concours à l'élaboration des documents que ce bureau a pour mission de publier en vertu de la loi du 7 messidor an III.

Le temps a passé et le décret n° 2024-900 du 4 octobre 2024 est venu fondre l'institut de mécanique céleste et de calcul des éphémérides dans l'Observatoire, non seulement en faisant disparaître toutes ses spécificités organiques mais surtout en ajoutant aux missions de l'Observatoire celles jusqu'alors exercées par l'institut et concurremment confiées au Bureau des longitudes par la loi de messidor an III. Il ne s'agissait nullement d'abroger cette vénérable loi ni de faire disparaître le Bureau des longitudes, qui a indiscutablement acquis ses lettres de noblesse et demeure chargé de diffuser de l'information scientifique dans le domaine des sciences de l'univers grâce aux travaux de ses membres, éminents scientifiques particulièrement aptes à tracer des perspectives dans leurs domaines et à assurer la mission d'impulsion scientifique du bureau.

La section de l'administration a considéré que, dans la mesure où le Bureau des longitudes conservait la responsabilité scientifique de ces missions, les dispositions du décret confiant à l'Observatoire de Paris la charge d'élaborer, diffuser et mettre à disposition du public les calendriers et éphémérides astronomiques au niveau national ne se heurtaient pas aux termes de la loi du 7 messidor an III – encore que le caractère législatif des dispositions de cette loi n'apparaisse pas absolument certain.

Le respect du principe d'autonomie renforcée des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, objet d'un contrôle vigilant du Conseil d'État.

L'Observatoire de Paris est désormais un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, classé grand établissement au sens de l'article L. 7171 du code de l'éducation[3]. Jouissant à ce titre de la personnalité morale et disposant de l'autonomie pédagogique, scientifique, administrative et financière (alinéa 1er de l'article L. 711-1 du code de l'éducation), il bénéficie des responsabilités et compétences élargies en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines depuis le 1er janvier 2019[4].

Au même titre que les autres grands établissements, l'autonomie de l'Observatoire est renforcée, en application des dispositions de l'article L. 717-1 qui permet que les règles relatives à ces établissements, en fonction de leurs caractéristiques propres, puissent déroger à de nombreuses dispositions législatives du code de l'éducation applicables aux universités[5]. En application de ce même article, les caractéristiques propres de ces établissements leur permettent également de déroger, par décret en Conseil d'État, à d'autres dispositions du code de l'éducation qui leur sont applicables de plein droit[6]. Statuant au contentieux, le Conseil d'État exerce un contrôle normal sur le bien-fondé de telles dérogations, au regard des caractéristiques propres de l'établissement (4/5 SSR, 23 juin 2014, Union nationale des étudiants de France (UNEF) et autres, n° 354198, aux Tables sur ce point).

Plus généralement, l'autonomie de l'ensemble des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel relevant des articles L. 711-1 et suivants du code de l'éducation s'exerce sur les plans pédagogique, scientifique, administratif et financier. Ainsi, une fois conclu avec l'État le contrat pluriannuel – généralement quinquennal – d'établissement qui détermine notamment les objectifs de l'établissement, les décisions des présidents et délibérations des conseils de ces établissements ne présentant pas de caractère réglementaire entrent en principe en vigueur sans approbation préalable de l'autorité de tutelle.

Le Conseil d'État a toujours veillé au plein respect du principe d'autonomie des établissements publics (cf. sur ce point notamment le Rapport d'étude sur les établissements publics de 2009).

Statuant au contentieux, il protège pleinement cette autonomie, en reconnaissant au président ou directeur général d'un établissement public un pouvoir réglemen-

taire d'organisation du service (CE, 4 février 1976, Section syndicale C.F.D.T du centre psychothérapeutique de Thuir, n° 97865, aux Tables sur ce point) et en censurant les décisions de l'État empiétant sur ses compétences (cf. par exemple, pour ce qui est des délocalisations d'établissements, CE, Assemblée, 4 juin 1993, Association des anciens élèves de l'ENA, au Recueil, p. 168).

Dans ses fonctions de conseil au Gouvernement, il contrôle avec la même vigilance le respect de ce principe. A titre d'exemple[7], le Conseil d'État (section des finances) a écarté des dispositions réglementaires renvoyant l'essentiel des pouvoirs de décision d'un tel établissement au ministre de tutelle (10 avril 2007, n° 308156, décret relatif au Fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique, EDCE 2008 p. 104). Il a également affirmé que le pouvoir de tutelle est exclusif de tout pouvoir hiérarchique à l'égard des dirigeants d'un établissement public (section des finances, 28 novembre 2006, n° 373553, décret relatif aux personnels des bibliothèques de l'enseignement supérieur ; section de l'intérieur, note, 23 novembre 1994, n° 356893, décret sur la délégation de signature des ministres, EDCE 1995 p. 213).

S'agissant des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, l'autorité de tutelle n'intervient directement qu'en cas de crise de leur gouvernance. Ainsi, en cas de « *difficulté grave dans le fonctionnement des organes statutaires* » ou de défaut d'exercice de leurs responsabilités, l'article L. 719-8 du code de l'éducation permet au ministre chargé de l'Enseignement supérieur de prendre les dispositions imposées par les circonstances, tandis que le recteur de région académique, chancelier des universités, est chargé de prendre, à titre provisoire, les mesures conservatoires nécessaires. Le juge de l'excès de pouvoir contrôle le caractère nécessaire des mesures prises par l'autorité de tutelle (CE, Section, 9 avril 1976, Syndicat général de l'Éducation Nationale, n° 98423, au Recueil ; CE, 4/1 CHR, 1er juin 2022, M. B. et Mme A, n° 440370, aux Tables).

Marie Lehman

Références

[1] Initialement du 9 mars 1852, remplacé par un décret du 30 janvier 1854, lui-même remplacé par le décret du 15 mai 1874.

[2] En dernier lieu par le décret n° 70-30 du 8 janvier 1970 concernant la composition et le fonctionnement du Bureau des longitudes.

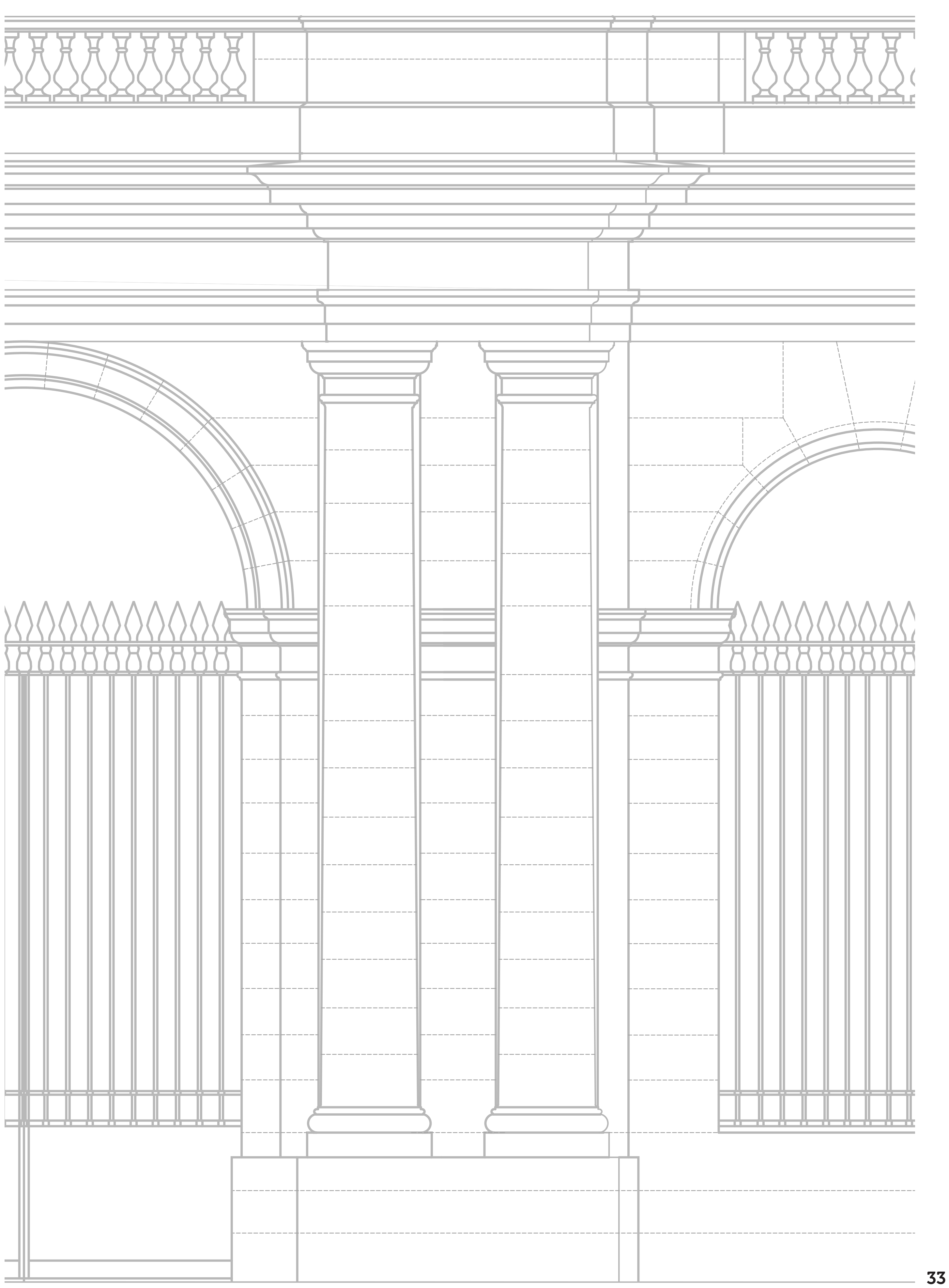
[3] L'Observatoire de Paris est classé « grand établissement » depuis le décret de n° 84-723 du 17 juillet 1984 fixant la classification d'EPSCP (article 3) (cette catégorie d'établissement est apparue avec la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 relative à l'enseignement supérieur, dont la substance figure désormais au code de l'éducation).

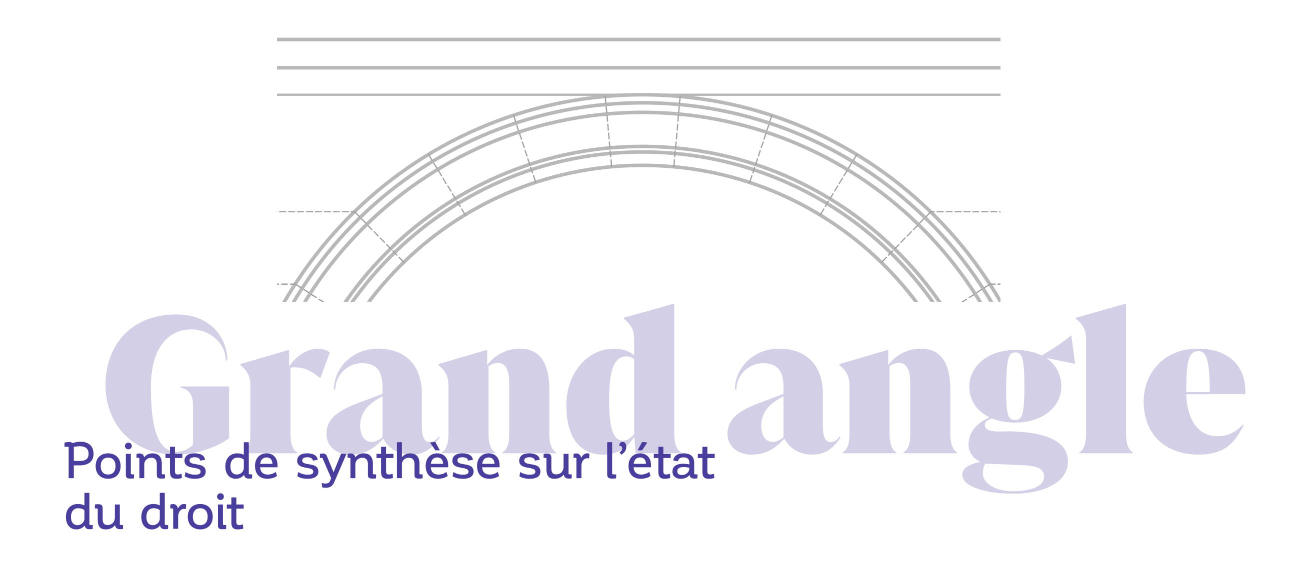
[4] Arrêté du 21 décembre 2018 attribuant les responsabilités et compétences élargies en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines prévues aux articles L. 712-9, L. 712-10 et L. 954-1 à L. 954-3 du code de l'éducation à l'Observatoire de Paris.

[5] Articles L. 711-1, L. 711-4, L. 711-5, L. 711-7, L. 711-8, L. 714-2, L. 719-1, L. 719-2 à L. 719-5, L. 719-7 à L. 719-9.

[6] 4° de l'article L. 712-2, articles L. 712-6-2, L. 811-5, L. 811-6, L. 952-7 à L. 952-9.

[7] Les avis mentionnés à titre d'exemple sont cités dans le Rapport d'étude sur les établissements publics publié par le Conseil d'Etat en 2009, accessible en ligne.





Points de synthèse sur l'état du droit

L'application du système d'information Schengen en France

Pour s'assurer de l'efficacité du contrôle aux frontières de l'espace Schengen, les États membres mettent en œuvre un système d'information mutualisé centralisant toutes les informations utiles. Le cadre juridique garantissant les droits des personnes a été modernisé au niveau de l'Union européenne et appliqué en France

JEAN-LUC MATT
RAPPORTEUR À LA SECTION DE L'INTÉRIEUR

Le Système d'Information Schengen (SIS), créé pour mettre en œuvre la **convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes** signé initialement par la France, l'Allemagne (République fédérale à l'époque), la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, est un fichier commun à l'ensemble des États membres de l'espace Schengen. Pour garantir la libre circulation des personnes au sein de l'espace Schengen, sont organisés des contrôles renforcés aux frontières extérieures, sous la forme de surveillance de ces frontières et de vérifications lors du franchissement des points de passage frontaliers, en contrepoint de la suppression des contrôles aux frontières intérieures entre États membres. Le système d'information vise à centraliser et faciliter l'échange d'informations détenues par les services de police de chacun des États membres de l'espace Schengen, afin d'assurer un niveau de sécurité élevé au sein des États membres en l'absence de contrôles aux frontières intérieures.

Il s'agit du système d'échange d'informations le plus largement utilisé et le plus important en matière de sécurité et de gestion des frontières en Europe. En 2022, il a ainsi été consulté plus de 12 milliards de fois et a obtenu 263 452 réponses positives concernant des signalements étrangers. Le SIS est aujourd'hui opérationnel dans **trente pays européens** : tous les États membres de l'UE à l'exception de Chypre, l'Irlande bénéficiant toutefois d'un statut particulier et n'y participant qu'en partie, ainsi que 4 États associés à l'espace Schengen mais non membres de l'UE (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse). La Bulgarie et la

Roumanie sont pleinement intégrés à l'espace Schengen depuis le 1er janvier 2025, après ne l'avoir appliqué que partiellement en 2024 en ce qui concerne les contrôles aux seules frontières aériennes et maritimes internes de l'UE.

La France applique pleinement le système d'information Schengen. Elle a cependant et en parallèle, comme une dizaine d'autres États membres, réintroduit un contrôle de ses frontières intérieures, soit à l'occasion d'événements particulièrement sensibles (politiques, sportifs ou impliquant le rassemblement d'un grand nombre de personnes), soit sous la forme de contrôles ciblés de manière continue depuis 2015, en raison de la menace terroriste (et sanitaire lors de la crise de la Covid-19). Il y est procédé par des décisions réglementaires prises pour une durée de six mois par le Gouvernement français, notifiées à la Commission européenne et aux autres États membres. Le Conseil d'État statuant au contentieux a eu l'occasion de valider cinq fois[1] des décisions réglementaires de réintroduction du contrôle aux frontières intérieures, qui ne sont pas des actes de Gouvernement quand bien même elles ne sont pas détachables de la procédure d'information des autres États membres et de la Commission, en application des articles 25 à 27 *bis* du règlement (UE) 2016/399 du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, dit « **code frontières Schengen** », précisant les conditions dans lesquelles un État membre peut procéder à la réintroduction temporaire du contrôle à ses frontières intérieures, terrestres, maritimes et aériennes. Alors que la Cour de justice de l'UE[2] a jugé que de tels contrôles ne pouvaient être prolongés au-delà de six mois qu'en cas de « menace nouvelle », le règlement (UE) 2024/1717 du 13 juin 2024 modifiant le « code frontières Schengen » prévoit qu'ils peuvent, depuis le 10 juillet 2024, durer jusqu'à trois ans pour la même menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure dans un État membre et être prolongés au-delà lorsqu'ils sont justifiés par de nouveaux motifs.

1. Le cadre européen du système d'information Schengen

1.1. Les conditions de fonctionnement du SIS

Le SIS se compose de trois éléments principaux :

- Un système central (SIS central) constitué d'une base de données et assurant des fonctions techniques de supervision et d'administration. L'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (**EU-LISA**) est responsable de la gestion opérationnelle du SIS central et effectue les techniques nécessaires à son bon fonctionnement ;
- Un système national (N-SIS) dans chaque État membre, qui permet de communiquer avec le SIS central et qui comporte une « copie nationale » complète ou partielle de la base de données du SIS. Il n'est pas possible de rechercher de données directement dans un autre N-SIS, sauf si les États concernés ont accepté de les partager ;
- Une infrastructure de communication entre le SIS central et l'ensemble des N-SIS, constituant un réseau virtuel crypté consacré à l'échange des données.

Les catégories de données devant être saisies dans le système visent à aider les services de police à identifier une personne et à prendre des décisions rapidement. Elles incluent un certain nombre de données d'identification (état civil, photographies, données biométriques, y compris empreintes digitales et profil ADN) et d'action (motif du signalement, type d'infraction et mesures à prendre). Pour justifier un signalement dans le SIS, un cas doit être considéré comme étant suffisamment approprié, pertinent et important. Seul l'État membre signalant est autorisé à modifier, compléter, rectifier, mettre à jour ou supprimer les données qu'il a introduites dans le SIS. Si un État estime que la mise en œuvre d'un signalement introduit par un autre État n'est pas compatible avec son droit national, au titre de ses intérêts nationaux essentiels, il peut indiquer dans le système qu'il ne prendra aucune mesure sur son territoire correspondant à ce signalement.

Chaque État membre transmet ses signalements à travers son N-SIS et s'assure de l'exactitude et de l'actualité des données ainsi que de la licéité de leur introduction et de leur conservation dans le SIS, en respectant les règles applicables en matière de traitement des données, tant en droit européen que dans son doit national. Il établit, exploite, entretient et développe son N-SIS conformément à des normes communes, des protocoles et des procédures techniques, et le connecte au SIS central. La mise en œuvre opérationnelle au niveau national repose sur un office N-SIS, qui est responsable du bon fonctionnement et de la sécurité du N-SIS, et un bureau Sirene, qui sert de point de contact unique, opérationnel 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, pour assurer l'échange et la disponibilité de toutes les informations traitées concernant les signalements (il gère le journal des opérations) : ces deux institutions nationales sont prévues par le droit de l'UE.

Les autorités suivantes ont accès aux données du SIS :

- Les autorités administratives nationales qui sont chargées du contrôle aux frontières, des vérifications de police et de douane, de la prévention et de la détection des infractions pénales, notamment terroristes, de l'entrée, du séjour et du retour des ressortissants de pays tiers, y compris en ce qui concerne les visas, les titres de séjour, les naturalisations et les demandes d'asile, des décisions de naturalisation, de la délivrance des certificats d'immatriculation de véhicules, bateaux, aéronefs et armes à feu, ainsi que les autorités judiciaires ;

1 30 juillet 2003, Association Gurekin, n° 237649 ; 28 décembre 2017, ANAFE, n° 415291 ; 16 octobre 2019, ANAFE, n° 425936 ; 27 juillet 2022, ANAFE, n° 463850 ; 7 mars 2025, ANAFE, n° 499702.

2 26 avril 2022, NW c. Landespolizeidirektion Steiermark et Bezirkshauptmannschaft Leibnitz, C-368/20 et C-369/20.

- Trois agences de l'UE : **Europol** qui a accès à toutes les données ; **Eurojust** pour la coopération judiciaire en matière pénale ; **Frontex**, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes, pour la gestion des flux migratoires. Lorsqu'une recherche dans le système révèle l'existence d'un signalement, les agences européennes doivent en informer le pays membre signalant. Elles ne sont pas autorisées à interconnecter le SIS avec leur propre système, ni y transférer aucune des données qui y sont enregistrées.

1.2. Les règlements européens applicables

A l'origine, le fondement juridique de l'espace Schengen était extérieur à ce qui était alors la Communauté économique européenne (CEE) : il a été établi, en 1985 et 1990, comme une forme de coopération renforcée entre certains États membres par l'intermédiaire de deux accords internationaux. La base juridique de Schengen au sein de l'UE a été créée par le traité d'Amsterdam en 1997, *via* l'insertion d'un nouveau titre IV au sein du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), intitulé « *Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes* ». Le traité de Lisbonne de 2007 a substantiellement modifié ces dispositions au sein de ce qui est alors devenu l'actuel titre V du TFUE, renommé « *Espace de liberté, de sécurité et de justice* ». Du fait de leur intégration dans le droit de l'UE, l'accord de 1985 et la convention de 1990 ont été amendés par des règlements UE.

En 2001, la Commission a été chargée par le Conseil de développer le SIS de 2ème génération (SIS II), appelé à remplacer le SIS tel que créé par la convention de Schengen. Le SIS II a été créé sur la base de trois fondements législatifs distincts, conséquence de la structure en piliers de l'Union européenne qui prévalait à l'époque, sans que cela ne remette en cause l'unité du système d'information : d'une part, le règlement (CE) 1986/2006 du 20 décembre 2006 sur l'accès des services des États membres chargés de l'immatriculation des véhicules au SIS II et le règlement (CE) 1987/2006 du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS II, qui régissait le signalement de ressortissants de pays tiers ainsi que l'échange de données aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour dans les États membres, et, d'autre part, la décision 2007/533/JAI du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS II, qui concernait des personnes ou des objets, ainsi qu'à l'échange de données aux fins de coopération policière et judiciaire en matière pénale. Le SIS II n'a été déployé de manière opérationnelle qu'à partir de 2013, avec des fonctionnalités nouvelles comme la possibilité d'ajouter des empreintes digitales et des photographies aux signalements.

En 2016, la Commission a présenté un paquet législatif destiné à améliorer le SIS du point de vue technique et à faire face au développement de certaines formes graves de criminalité, en particulier le terrorisme. Le SIS II est ainsi redevenu le SIS, avec l'adoption le 18 novembre 2018 de trois règlements (UE) 2018/1860, 2018/1861 et 2018/1862 qui sont entrés en vigueur le 28 décembre 2019.

D'abord, le **règlement (UE) 2018/1860** relatif à l'utilisation du SIS aux fins du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier fixe les conditions et procédures communes pour les signalements des ressortissants de pays tiers faisant l'objet de décisions de **retour**. Il impose aux autorités nationales d'introduire des signalements dès qu'une décision de retour est prise. Il liste les catégories de données à inclure dans le signalement et prévoit des procédures harmonisées permettant de vérifier que la décision de retour a été exécutée ou non, ainsi que la consultation obligatoire entre autorités nationales avant l'octroi ou la prolongation d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour à un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet dans un autre État membre d'un signalement de retour assorti d'une interdiction d'entrée.

Ensuite, le **règlement (UE) 2018/1861** sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS dans le domaine des vérifications aux frontières couvre l'utilisation du SIS dans le cadre des interdictions d'**entrée**. Il établit les conditions de traitement des signalements des ressortissants de pays tiers dont l'entrée ou le droit de séjour dans l'UE ont été refusés. Il liste les catégories de données à inclure dans le signalement et prévoit des procédures harmonisées concernant l'introduction obligatoire d'un signalement lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers se voit refuser l'entrée ou le droit de séjour parce qu'il constitue une menace pour la sécurité ou fait l'objet d'une mesure restrictive empêchant son entrée ou son passage en transit dans un État membre, ainsi que la consultation obligatoire entre autorités nationales avant l'octroi ou la prolongation d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour à un ressortissant d'un pays tiers auquel le droit d'entrée ou de séjour a été refusé dans un autre État membre. Il garantit aux ressortissants de pays tiers le droit d'être informés par écrit s'ils font l'objet d'un signalement.

Enfin, le **règlement (UE) 2018/1862** sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale améliore et étend l'utilisation du SIS en faveur de la **coopération entre autorités policières et judiciaires**. Il établit les conditions de traitement des signalements d'objets et de personnes recherchés et disparus : pour les personnes, il s'agit des personnes recherchées en vue d'une arrestation, d'une remise ou d'une extradition, des personnes disparues, des personnes vulnérables visées par une interdiction de voyager, que ce soit pour leur propre protection ou pour empêcher une menace à l'ordre public ou à la sécurité, des enfants en danger, notamment susceptibles de faire l'objet d'un enlèvement, d'un trafic ou d'être impliqués dans des activités terroristes, des personnes recherchées pour apporter leur aide dans le cadre d'une procédure judiciaire et des personnes recherchées dont l'identité est inconnue et que l'on cherche à identifier ; pour les objets, il s'agit de ceux faisant l'objet d'une saisie ou utilisés aux fins de preuve dans une procédure pénale, en particulier les objets facilement identifiables tels que les voitures, les bateaux, les avions, les armes à feu, les documents d'identité et les billets de banque. L'objectif de ces données est de faciliter les contrôles

(qui sont de trois types : discrets[3], spécifiques[4] ou d'investigation[5]) à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, d'exécution de sanctions pénales ou de la prévention contre les menaces pour la sécurité publique.

Ce règlement prévoit l'insertion dans le SIS des données dactyloscopiques des personnes disparues. Il s'agit de mettre en place un dispositif de transmission des empreintes en vue de la consultation de la base de données centrale Schengen et de la comparaison avec les données biométriques des individus recherchés et signalés dans le traitement européen. Il prévoit également la possibilité d'introduire dans le SIS des fiches de recherche relatives à une personne non identifiée, connue uniquement par ses empreintes relevées sur les lieux d'une infraction terroriste ou d'une autre infraction grave.

Le règlement (UE) 2018/1862 a été modifié par le règlement (UE) 2022/1190 du 6 juillet 2022 qui a établi des règles concernant les signalements des ressortissants de pays tiers suspectés d'être impliqués dans des activités de terrorisme et d'autres infractions graves, afin que leurs mouvements puissent être efficacement surveillés et que toutes les informations pertinentes les concernant soient facilement et immédiatement accessibles aux autorités compétentes des États membres. Il s'agit de pallier le partage insuffisant d'informations sur les formes graves de criminalité, en particulier les terroristes étrangers. A ce titre, les États membres peuvent introduire dans le SIS, « dans l'intérêt de l'UE » dit le texte, des signalements (dénommés « signalements pour information ») concernant des ressortissants de pays tiers, sur proposition d'Europol, sur la base d'informations reçues des autorités de pays tiers ou d'organisations internationales. Avant l'introduction des informations dans le SIS, Europol doit s'assurer que le signalement est nécessaire et justifié, que les informations sont fiables et précises et qu'aucun autre signalement relatif à la personne concernée n'existe déjà dans le système. Europol transmet ensuite les informations qu'elle détient aux États membres et propose à un ou plusieurs États membres d'introduire un signalement dans le SIS. C'est pourquoi le règlement impose aux États membres de mettre en place les procédures nécessaires à l'introduction, la mise à jour et la suppression de ces signalements dans le SIS.

Les nouvelles règles issus des trois règlements de 2018 sont entrées en vigueur par étapes successives afin de laisser suffisamment de temps aux États membres pour mettre en place les mesures juridiques, opérationnelles et techniques nécessaires. En vertu de la décision d'exécution de la Commission (UE) 2023/201, les trois règlements sont pleinement applicables aux opérations du SIS depuis le 7 mars 2023.

2. Le cadre national du système d'information Schengen

2.1. Le cadre réglementaire français

En France, le SIS a été mis en œuvre par le décret du 6 mai 1995 relatif au système informatique national du système d'information Schengen dénommé N-SIS et par le décret du 23 mars 1995 portant création et attributions du bureau national chargé de la gestion opérationnelle de la partie nationale du système d'information Schengen, dénommé Sirene. Ces deux décrets ont été codifiés aux articles R. 231-1 à R. 231-16 du code de la sécurité intérieure (CSI).

Les règlements de 2006 ont été appliqués en France par le décret du 28 décembre 2016 relatif à la partie nationale du système d'information Schengen de deuxième génération (N-SIS II). En raison de difficultés opérationnelles, le SIS-II lui-même ne fonctionnait que depuis 2014.

Le nouveau décret du 27 juin 2024 relatif à la partie nationale du système d'information Schengen est entré en vigueur dès sa publication, tous les développements informatiques nécessaires ayant été réalisés par anticipation. Au-delà de la prise en compte des trois règlements 2018/1860, 2018/1861 et 2018/1862 du 28 novembre 2018, en actualisant dans le code de la sécurité intérieur les dispositions relatives à la partie nationale du système d'information Schengen, le N-SIS, il vise aussi à intégrer les évolutions rendues nécessaires par le règlement 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit « règlement général sur la protection des données » (RGPD), et la directive 2016/680 du 27 avril 2016, dite « police-justice », ainsi que les modifications subséquentes de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en particulier en matière de droit d'information, d'accès, de rectification, d'effacement et de limitation des données collectées.

Les principales modifications apportées par ce décret sont les suivantes :

• Il intègre les nouvelles catégories de personnes pouvant faire l'objet d'un signalement en application des règlements européens (personnes signalées aux fins de retour ou au titre d'un contrôle d'investigation, personnes inconnues recherchées à des fins d'identification et signalées par l'autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale, personnes recherchées dans l'intérêt de l'Union européenne) ;

• Il élargit le périmètre des catégories d'objets pouvant être enregistrées (aux fins de saisie ou à titre probatoire et aux fins de contrôle discret, spécifique ou d'investigation) ;

3 c'est-à-dire à l'insu de la personne.
4 c'est-à-dire avec fouille des personnes et des objets.
5 c'est-à-dire avec audition de la personne, catégorie sans équivalent en droit français.

• Il met à jour les données à caractère personnel et informations collectées pour les signalements de personnes et d'objets ;

• Il élargit la liste des personnes autorisées à accéder au N-SIS ;

• Il met à jour les durées de conservation des données enregistrées dans le système ;

• Il prévoit la journalisation des opérations de collecte, modification, consultation et effacement des données et la conservation de ces données ;

• Il prend en compte l'évolution des modalités d'exercice des droits d'accès et de rectification dans le N-SIS, conformément au RGPD, à la directive « police-justice » et à la loi du 6 janvier 1978.

2.2. Le régime juridique applicable au N-SIS

Le N-SIS est un traitement mixte, dans la mesure où il est soumis à la fois aux règles du RGPD (titre II de la loi du 6 janvier 1978), à celles résultant de la directive « police-justice » (titre III de la même loi) et à celles relevant du droit national applicables aux traitements intéressant la sûreté de l'État et la défense (titre IV de la même loi). Le cadre juridique dont relève le traitement a des conséquences sur les droits des personnes concernées, y compris la formation juridictionnelle compétente pour se prononcer sur les contentieux (formation spécialisée du Conseil d'État prévue par l'article R. 773-7 du code de justice administrative pour les traitements relevant du titre IV).

Dans son avis rendu sur le projet de décret, la CNIL s'est interrogée, au vu des règlements européens régissant le SIS, sur l'applicabilité du titre IV au N-SIS, en invitant le ministère de l'intérieur à « engager une réflexion sur la possibilité de ne soumettre le traitement qu'aux titres II et III ». La CNIL considère qu'« en tout état de cause, les droits des personnes devraient être mis en œuvre conformément aux dispositions des règlements SIS, qui ne prévoient pas de droit d'accès indirect. La mise en place, dans tous les cas, d'une procédure d'exercice direct des droits (fût-ce avec des restrictions) et d'un point de contact unique contribuerait, en outre, à l'effectivité des droits des personnes concernées. Il conviendrait, le cas échéant, d'adapter les dispositions du décret relatives à l'exercice des droits ».

Le Gouvernement n'a pas suivi la recommandation de la CNIL dans le décret publié, considérant que le N-SIS est un traitement mixte, contenant certaines données intéressant la sûreté de l'État, régies par le titre IV de la loi du 6 janvier 1978, avec seulement un droit d'accès indirect. Il a en effet considéré qu'un traitement de données à caractère personnel est soumis au RGPD sauf s'il entre dans le champ d'application de la directive « police-justice » (transposée au titre III de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) ou s'il intéresse la sûreté de l'État et la défense (et relevant à ce titre du titre IV de cette loi). Un traitement de données intéresse la sûreté de l'État, au sens des articles 31 et 115 de la loi du 6 janvier 1978, dès lors qu'il traite de données qui révèlent des activités susceptibles de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou de constituer une menace terroriste portant atteinte à ces intérêts. L'article 2 du RGPD a pour objet d'exclure de son champ d'application les traitements de données effectués par les autorités étatiques dans le cadre d'une activité qui vise à préserver la sécurité nationale (cf. CJUE, 22 juin 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, C-439/19). L'article 2 de la directive « police-justice » prévoit aussi qu'elle ne s'applique pas aux activités ne relevant pas du champ d'application du droit de l'UE.

L'article 36 § 4 du règlement (UE) 2018/1862 du 28 novembre 2018 autorise la création dans ce système de signalements de personnes par chaque État membre, « *conformément au droit national* », aux fins de prévention de menaces graves pour la sûreté intérieure et extérieure de l'État. Ces signalements correspondent aux personnes faisant l'objet de recherches pour prévenir des menaces graves pour la sécurité publique ou la sûreté de l'État, dès lors que des informations ou des indices réels ont été recueillis à leur égard en vertu du décret du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées (FPR). Le droit d'accès à ces données est indirect, dans les conditions prévues par l'article 118 de la loi du 6 janvier 1978 (titre IV). Si l'article 66 du règlement (UE) 2018/1862 du 28 novembre 2018, qui détermine le régime juridique applicable aux traitements de données effectués dans le cadre du SIS par les autorités nationales, prévoit l'application, selon le type de signalements, soit du RGPD, soit de la directive « police-justice », il ne régit pas les signalements concernant la sûreté de l'État créés au titre de son article 36 § 4. S'agissant de signalements particuliers à chaque État, sans harmonisation au niveau du droit de l'UE, ils peuvent donc relever d'un droit d'accès indirect.

2.3. Les mises en relation avec le N-SIS

Tel Janus, le N-SIS est un fichier à double visage : il est à la fois l'alimentation nationale du système central et la copie nationale du système central. Figurent donc dans le N-SIS, non pas les seuls signalements français, mais tous les signalements effectués par chaque État membre. Cela justifie que le SIS soit régi par des règlements européens directement applicables dans tous les États membres puisque l'architecture du système est la même dans l'ensemble de l'espace Schengen. En termes juridiques, il ne s'agit pas d'une transposition mais d'une mise en conformité, afin que, selon la terminologie propre au droit français, l'ensemble des éléments pouvant remonter dans le système en provenance de tous les États membres soient accessibles avec les garanties appropriées. En termes de mises en relation, il s'agit pour les utilisateurs des différents traitements nationaux qui ont besoin des données figurant dans le SIS de pouvoir y accéder, sous la forme de « flux sortants ». Mais le N-SIS est aussi le point d'entrée national des signalements français dans le système central. Il s'agit donc de s'assurer aussi de l'interconnexion en termes de « flux entrants », à savoir à partir de quel fichier national sont insérées les données dans le SIS.

a) L'alimentation du SIS

Du côté « entrant », en application tant du RGPD que de la loi du 6 janvier 1978, chaque texte autorisant un

traitement dont les données alimentent le N-SIS doit le prévoir explicitement, en s'assurant de la cohérence de leurs finalités. Le N-SIS est alimenté à titre principal par trois fichiers. L'alimentation d'un fichier par des données issues d'un autre fichier doit donc être conforme non seulement aux finalités du fichier d'origine, mais également à ses conditions d'utilisation, parmi lesquelles en particulier la durée de conservation.

D'abord, le N-SIS est alimenté par le fichier des personnes recherchées (**FPR**), qui a pour finalité de faciliter les recherches, surveillances et contrôles effectués dans le cadre des missions de police judiciaire et administrative de la police, la gendarmerie et la douane. Le décret du 28 mai 2010 qui l'autorise a été mis à jour par son décret modificatif du 23 octobre 2023 pour permettre d'alimenter le N-SIS au regard des nouvelles dispositions prévues par les règlements de 2018. Le FPR contient 18 catégories de mesures de recherches réparties en 165 conduites à tenir (CAT) ; sur ces 165 CAT, 100 sont éligibles au N-SIS : il s'agit, en tout ou partie, des fiches AF (police de l'air et des frontières), AL (hospitalisation sous contrainte), CJ (contrôles judiciaires), D (déserteurs), E (police générale des étrangers), I (interdictions judiciaires et administratives), IT (interdictions judiciaires du territoire), J (recherches de justice), M (mineurs fugueurs), PJ (recherches de police judiciaire), S (sûreté de l'État), TE (opposition à entrée en France), TM (interdiction ou opposition à sortie du territoire de mineurs) et V (évadés). Toutefois, le FPR ne permet pas l'alimentation du N-SIS pour les personnes signalées dans l'intérêt de l'UE (au titre de l'article 37 *bis* du règlement 2018/1862 tel que révisé en 2022). Il s'agit d'un oubli dans le FPR qui devra être corrigé mais qui ne pose pas de difficulté pratique dans la mesure où les spécifications techniques de cette catégorie de signalement sont encore en cours de développement par l'agence EU-LISA. Néanmoins, même si la France ne peut pas alimenter le N-SIS avec ces signalements tant que le FPR n'a pas été modifié, cette catégorie de signalement doit être prévue dans le N-SIS qui peut traiter ces informations transmises par d'autres États membres.

Ensuite, le N-SIS est alimenté par le fichier des objets et véhicules signalés (**FOVeS**), qui a pour finalités de faciliter les recherches et les contrôles de la police, de la gendarmerie et de la douane pour la découverte et la restitution des véhicules volés et des objets perdus ou volés, ainsi que la surveillance des véhicules et objets signalés. Le FOVeS alimente le N-SIS pour les données requises relatives aux véhicules et objets enregistrés au titre d'un signalement dans le SIS.

Enfin, le N-SIS est alimenté par le fichier intitulé « titres électroniques sécurisés » (**TES**), qui a pour finalités de prévenir et détecter les falsifications et contrefaçons des titres d'identité et de lutter contre l'usurpation d'identité. Le décret du 28 octobre 2016 qui l'autorise n'a pas besoin d'être mis à jour car il est déjà conforme aux nouveaux règlements européens s'agissant des informations qu'il envoie. Le TES alimente le N-SIS pour les informations relatives aux numéros des titres perdus, volés ou invalidés et la date de l'évènement, ainsi que l'indication du pays émetteur, du type et du caractère vierge ou personnalisé du document.

Une alimentation indirecte est aussi prévue par deux fichiers : FAED et AGDREF.

D'une part, le fichier automatisé des empreintes digitales (**FAED)** a pour finalité la recherche et l'identification des auteurs de crimes et de délits. Le N-SIS est mis en relation avec le FAED aux fins d'alimentation en empreintes papillaires pour les personnes recherchées ou disparues. En application de l'article 40 du règlement 2018/1862, les États membres doivent en effet insérer, dans la mesure où elles sont disponibles, les données papillaires de toute personne faisant l'objet d'un signalement dans le traitement européen. Les empreintes enregistrées dans le FAED seront transmises à cette fin, selon un processus d'alimentation manuelle en utilisant l'identifiant trace relevé sur une scène d'infraction grave ou terroriste, constitué du numéro de l'affaire et de l'empreinte d'origine inconnue. Le N-SIS interroge le FAED *via* le FPR, au moyen de l'identifiant trace qui a été saisi manuellement dans la fiche FPR de la personne inconnue signalée. En cas de réponse positive, les données digitales et palmaires correspondantes du FAED sont transmises directement au N-SIS. Cette interconnexion manuelle a été autorisée par le 2° de l'article R. 40-38-8 du code de procédure pénale, créé par le décret du 23 avril 2024 relatif au FAED. Une mise en relation automatique, utilisant l'IDPP (numéro identifiant d'une personne physique), ne sera réalisée qu'ultérieurement et nécessitera une nouvelle modification des textes.

D'autre part, le traitement **AGDREF** (application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France) a pour finalités de garantir le droit au séjour des ressortissants étrangers en situation régulière et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers en France des ressortissants étrangers. La transmission au N-SIS des empreintes digitales figurant dans AGDREF s'effectuera non pas directement mais par l'intermédiaire du FPR : le N-SIS interroge AGDREF *via* le numéro AGDREF mentionné dans les fiches FPR et, en cas de réponse positive, les données correspondantes du module biométrique d'AGDREF sont remontées directement au N-SIS sans passer par FPR, pour les catégories de signalements prévues à l'article 4 du règlement 2018/1860 et à l'article 20 du règlement 2018/1861. Les dispositions régissant AGDREF autorisent déjà cette interconnexion manuelle.

En revanche, il n'est pas prévu d'interconnexion avec le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) : si le décret autorise l'enregistrement d'empreintes génétiques dans les cas prévus à l'article 42 § 3 du règlement 2018/1862 du 28 novembre 2018, pour les seuls signalements concernant les personnes disparues qui doivent être placées sous protection et uniquement lorsque les photographies, images faciales et données dactyloscopiques ne sont pas disponibles ou ne permettent pas une identification, cette modification vise seulement à permettre l'enregistrement dans le N-SIS des empreintes génétiques qui seraient introduites par d'autres États membres mais il n'est pas prévu que les signalements émis par les autorités françaises soient alimentés en données génétiques, ni que le N-SIS puisse être consulté à partir de telles données.

b) La consultation du SIS

Du côté « sortant », les consultations automatisées des données correspondantes du N-SIS sont prévues *via* 12 fichiers : **FPR**, **FOvES**, **FAED**, **SETRADER** (système européen de traitement des données d'enregistrement et de réservation, mis en œuvre par la PAF), **PARAFE** (passage rapide aux frontières extérieures), **ACCReD** (automatisation de la consultation centralisée de renseignements et de données, pour la réalisation d'enquêtes administratives, avec une coordination à l'article 3 du présent projet), **API-PNR** (mis en œuvre par l'Agence nationale des données de voyage), **LAPI** (traitement automatisé de contrôle des données signalétiques des véhicules), **SAT-VV** (base satellite de l'état de vol d'un véhicule), **GED SIRENe** (gestion électronique de documents Sirene, géré par le bureau Sirene du N-SIS), **FV** (France-Visas) et **dispositif de pré-enregistrement** (pour les contrôles aux frontières). Les mises en relation manuelles sont prévues avec 3 fichiers : **EASP** (enquêtes administratives liées à la sécurité publique), **PASP** (prévention des atteintes à la sécurité publique) et **GIPASP** (gestion de l'information et prévention des atteintes à la sécurité publique).

La légalité d'une fonctionnalité de mise en relation d'un traitement A avec un traitement B dépend notamment du respect des deux règles suivantes :

- le traitement A, notamment ses finalités, permet d'y saisir celles des données qui seront issues du traitement B, et l'opérateur qui y procède est habilité par les principes régissant le fonctionnement du traitement A à saisir ces données ;

- les règles de fonctionnement, notamment les finalités, du traitement B, dans lequel des données sont prélevées pour être saisies dans A, permettent une telle utilisation des données concernées, résultant de la compatibilité des finalités de B avec celles de A, et l'opérateur qui procède à cette saisie est habilité à y procéder dans le traitement B par les règles qui régissent ce traitement.

Il convient donc de s'assurer que les actes réglementaires autorisant les 17 traitements précités avec lesquels le N-SIS est mis en relation ont chacun une finalité permettant les interconnexions et prévoient une liste d'accédants/destinataires autorisés à réceptionner les données issues du N-SIS pour les signalements qui les concernent. Dès lors que les mises en relation ainsi vérifiées ne constituent que des fonctionnalités au service des finalités assignées au N-SIS, le Gouvernement n'était pas tenu de les faire apparaître dans l'acte réglementaire régissant ce traitement, sous réserve de de la mise à jour des analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD) et du caractère indispensable de la publication sur le site internet du gestionnaire de la liste des mises en relation au nom de la transparence et de l'information du public.

Ce panorama de l'articulation entre droit des traitements automatisés de données personnelles et mise en œuvre des politiques publiques de contrôle de l'accès au territoire national montre l'importance de maîtriser l'outil numérique, avec les garanties appropriées pour les personnes concernées, afin d'assurer l'efficacité de l'action publique, de manière coordonnée au niveau européen et avec les moyens de chaque État membre. La mise en œuvre à venir du Pacte de l'UE sur la migration et l'asile, adopté le 14 mai 2024, pourra s'appuyer sur la version rénovée et modernisée pour plus d'efficacité du système d'information Schengen.

Jean-Luc Matt

Les sections consultatives et le principe de laïcité

Retour sur la journée de la laïcité 2024

RICHARD SENGHOR
RAPPORTEUR À LA SECTION DE L'INTÉRIEUR,
RÉFÉRENT LAÏCITÉ DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Chaque année, à l'occasion de la journée nationale de la laïcité, la juridiction administrative organise un moment de partage avec l'ensemble de son personnel pour faire le point sur le sujet.

Le 9 décembre 2024, à l'occasion des 20 ans de la publication de son étude intitulée « Un siècle de laïcité » , nous avons organisé une conférence sur l'application du principe de laïcité par la juridiction administrative au cours de ces vingt dernières années.

Cette conférence est naturellement revenue sur les évolutions marquantes de la jurisprudence du point de vue de différents acteurs juridictionnels. Parallèlement, un document intitulé « Le juge administratif et l'application du principe de laïcité » a été mis à la disposition du public.

Au-delà du contentieux, la thématique de la laïcité a été abordée sous l'angle de l'exercice de la fonction consultative du Conseil d'État par Christine Maugüe, la présidente de la section de l'administration et par Thierry Tuot, le président de la section de l'intérieur. Une approche tout à fait inédite qui met en lumière le travail des sections consultatives, relativement méconnu à l'extérieur du Palais-Royal. Retrouvez ci-après un extrait de ces deux interventions sous la plume de leurs présidents.

Extrait de l'intervention de Christine Maugüé, présidente de la section de l'administration

Il convient avant tout de souligner qu'**il n'y a évidemment pas de conception différente de la portée du principe de laïcité entre les sections consultatives et la section du contentieux.** On peut même parler en ce domaine d'une complète convergence.

D'ailleurs les avis sur les projets de loi comme les fiches de jurisprudence ou les notes au Gouvernement des sections consultatives citent très souvent la jurisprudence du Conseil d'État : ainsi, par exemple, la fiche de jurisprudence sur le projet de loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics cite-t-elle la décision Kherouaa du 2 novembre 1992 ; celle sur la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux obligations des fonctionnaires cite l'avis contentieux Mlle Marteaux du 3 mai 2000.

Les questions se présentent cependant inévitablement de façon différente selon qu'on se trouve dans une section consultative ou dans un cadre contentieux.

En effet, hormis la section de l'intérieur, les sections consultatives ne connaissent pas d'affaires individuelles. De même, elles n'ont pas davantage à connaître d'affaires locales. C'est donc à l'occasion de l'examen de textes législatifs ou réglementaires émanant du Gouvernement, voire de demandes d'avis posées par le Gouvernement qu'elles peuvent être conduites à rencontrer la problématique de la laïcité. Elles peuvent également être saisies, mais c'est plus rare, de propositions de lois, à l'initiative du président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, ou encore de projets d'amendement du Gouvernement à des propositions de loi, pratique qui tend à se développer ces derniers mois.

C'est ainsi que les sections administratives ont eu à examiner depuis une vingtaine d'années des textes cherchant à traduire dans des normes les implications du principe de laïcité.

On observe à cet égard un mouvement de long terme consistant à vouloir exprimer les exigences du principe de laïcité et à le traduire par des obligations positives. Cette approche a pour conséquence que les sections administratives sont finalement peu confrontées à la question de savoir s'il y a eu méconnaissance du principe de laïcité ou du principe de neutralité du service public : le plus souvent, elles s'interrogent pour établir

si les textes normatifs qui se saisissent de ce principe le font à bon escient. Avec, comme souvent pour les textes qui cherchent à traduire des principes, une interrogation consistant à se demander si la norme envisagée est véritablement nécessaire.

C'est sous cet angle que les sections consultatives participent à la mise en œuvre du principe de laïcité. La publicité donnée depuis 2015 aux avis rendus par les sections consultatives du Conseil d'État sur les projets de loi permet de rendre compte de la position prise par le Conseil d'État sur les projets de loi qui lui ont été soumis sans trahir aucun secret des délibérations.

On peut l'illustrer à travers plusieurs thématiques relevant de la compétence de la section de l'administration.

Le Conseil d'État a ainsi eu à connaître de l'application du principe de laïcité aux agents publics, tel qu'il a été introduit dans le statut de la fonction publique de l'État par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, pour figurer à l'article L. 121-2 du code général de la fonction publique. L'avis du Conseil d'État expose de manière particulièrement lumineuse les pièges rédactionnels qu'il y avait lieu d'éviter :

Avis sur une lettre rectificative au projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, 11 juin 2015 n°390136

« 6 - Le Conseil d'État a estimé que l'inscription du respect du principe de laïcité parmi les obligations professionnelles des fonctionnaires avait toute sa place au nouvel article 25 de la loi du 13 juillet 1983, eu égard aux impératifs constitutionnels qui s'imposent aux collectivités publiques et donc à la fonction publique. En effet, en vertu tant des dispositions de l'article 1er de la Constitution de 1958 que de celles de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État, le fonctionnaire est, en toute circonstance, tenu à l'obligation d'exercer ses fonctions dans le respect du principe de laïcité.

Le Conseil d'État n'a pas retenu une disposition de la lettre rectificative qui, dans une première version, prévoyait que « Le fait pour un fonctionnaire de manifester, dans l'exercice de ces fonctions, ses croyances religieuses constitue un manquement à ses obligations professionnelles ». Il a, en revanche, admis, après saisine rectificative sur ce point, une disposition prévoyant que le fonctionnaire doit, au titre du respect du principe de laïcité, « notamment s'abstenir de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses ». A la différence de celle qui a été écartée et qui aurait présenté le grave inconvénient de faire naître un doute sur la nécessité de définir, pour exercer l'action disciplinaire, les fautes susceptibles d'être ainsi qualifiées, la disposition en cause n'a pas pour objet d'instituer une incrimination disciplinaire spécifique, mais constitue une illustration particulière de l'une des obligations auxquelles est tenu tout fonctionnaire en application du principe de laïcité. Ainsi, le fonctionnaire qui ne s'abstiendrait pas de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, manquerait à cette obligation. Les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, seraient appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré des agissements critiqués, comme des autres circonstances dans lesquelles un tel manquement serait constaté (CE, avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, n° 217017) ».

Cet avis du Conseil d'État s'est nourri de l'observation de la pratique administrative confortée de longue date par la jurisprudence (CE Avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, n° 217017).

Le Conseil d'État a eu l'occasion de le redire très explicitement quelques années plus tard, à l'occasion de l'examen d'un autre texte important, **la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République :** *« S'agissant des fonctionnaires, ces principes sont énoncés par l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, qui consacre une très abondante et constante jurisprudence en rappelant que, dans l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire est tenu à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité et que, à ce titre, il s'abstient notamment de manifester ses opinions religieuses ; cet article dispose également que le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience ».*

Avec ce nouveau texte le Gouvernement souhaitait également aller plus loin en renforçant l'application du principe de laïcité dans les services publics, que ceux-ci soient directement exécutés par des organismes publics ou privés - telles les sociétés de construction et de gestion de logements sociaux ou les entreprises de transport - ou que cette exécution soit confiée à des tiers dans le cadre de contrats de la commande publique. C'est avec la même logique, éclairée par la jurisprudence des cours européennes, que le Conseil d'État a préconisé de sécuriser les contours juridiques de cette démarche :

Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, 3 décembre 2020, n° 401549

Dispositions relatives au respect des principes d'égalité, de neutralité et de laïcité dans les services publics

10. S'appuyant sur des constats de violation de ces principes au sein de certains organismes chargés d'une mission de service public, en particulier des entreprises de transport public de voyageurs, le Gouvernement

entend rappeler dans la loi que les principes d'égalité devant le service public et de laïcité du service public, ainsi que le principe de neutralité de ce service à l'égard des usagers, s'appliquent à tous les organismes, de droit public ou privé, assurant en vertu de la loi ou d'un contrat l'exécution d'une mission de service public, y compris ceux employant des salariés soumis au droit du travail (…).

12. Le Conseil d'État souligne que si la loi est ainsi venue préciser, pour les seuls agents publics, le contenu de l'obligation de neutralité et de laïcité des services publics, ces principes ont été dégagés par la jurisprudence indépendamment de la nature de l'entité chargée de l'exécution du service public et du statut de son personnel. Le fait que le service public soit confié à une personne privée ne change pas la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public, comme l'a très tôt souligné la jurisprudence du Conseil d'État et ainsi que la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt de la chambre sociale du 19 mars 2013 rendu à propos d'une caisse primaire d'assurance maladie : « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé ».

Par ailleurs, il relève que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a admis que la volonté d'un employeur d'afficher une neutralité politique, philosophique ou religieuse dans les relations entre son entreprise et ses clients, tant publics que privés, constitue un objectif légitime permettant de limiter la liberté d'expression de leurs opinions par ses salariés sans méconnaître les objectifs de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dès lors que la mesure est proportionnée à cet objectif et appliquée à l'égard de tous les salariés (CJUE, arrêt de grande chambre du 14 mars n° 2017 C-157/15). De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a, dans un arrêt du 26 novembre 2015, Ebrahimian c/ France, jugé que l'interdiction du port de tout signe religieux par un agent public, assistante sociale employée par le centre d'accueil et de soins hospitaliers de Nanterre, constitue une ingérence proportionnée au but poursuivi qui est le respect des principes de laïcité et de neutralité des services publics, et ne constitue pas une violation de l'article 9 de la convention.

13. Le Conseil d'État observe qu'au-delà du simple rappel de principes qui s'imposent donc déjà, le projet du Gouvernement a pour objet d'en mieux garantir le respect lorsque l'exécution d'une mission de service public est confiée à une entreprise privée ou à un organisme de droit public employant des salariés soumis au droit du travail. Compte tenu des manquements à ces principes régulièrement constatés, cités dans l'étude d'impact, il admet l'utilité de ces dispositions et s'efforce de renforcer leur effectivité (…).

14. Le Conseil d'État constate que si le champ d'application de ces (…) dispositions est extrêmement large, il ne s'étend cependant pas à toute entité chargée d'une mission de service public. Il prend note de ce que le champ ainsi retenu vise à ne pas remettre en cause des restrictions à l'application du principe de laïcité du service public aujourd'hui admises par des lois, telles que les dispositions du code de l'éducation relatives aux établissements d'enseignement privé ou celles du code de la santé publique relatives aux établissements de santé privés d'intérêt collectif, ou par la jurisprudence. Le Gouvernement entend par ailleurs éviter de créer, par un énoncé trop général, une situation d'incertitude juridique pour les divers organismes, notamment associatifs, participant à des missions d'intérêt général sans que la loi, le règlement ou le contrat qui leur confie cette mission ne l'aient eux-mêmes qualifiée de service public. Le Conseil d'État admet ce choix mais recommande cependant au Gouvernement d'améliorer et de préciser l'étude d'impact pour qu'elle explique plus concrètement ce champ d'application.

15. S'agissant des dispositions du projet de loi relatives aux titulaires d'un contrat de la commande publique, le Conseil d'État souligne qu'elles n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet d'écarter un candidat à la passation d'un tel contrat au seul motif qu'il s'agirait d'un organisme, association ou autre, se réclamant d'un courant de pensée ou d'inspiration confessionnelle (…).

Dernière illustration, distincte dans la forme puisque le Conseil d'État a cette fois invité le Gouvernement à ne pas légiférer en vue de ne pas compromettre l'objectif qu'il s'était lui-même fixé en réaffirmant l'application du principe de laïcité aux jeunes effectuant leur *Journée Défense et Citoyenneté*. Concrètement : l'intervention de la section de l'administration a en effet conduit à ne pas énoncer dans la loi le principe de l'interdiction pour les jeunes Français appelés à la journée citoyenne de porter des signes religieux :

Avis sur un projet de loi actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense, 13 mai 2015, n° 390047

« 23 - S'agissant des articles relatifs aux obligations des appelés du service national et modifiant plusieurs articles du code du service national, le Conseil d›État a considéré qu'il était inutile de poser expressément dans la loi l'interdiction de porter, lors de la journée défense et citoyenneté prévue à l'article L. 114-3 de ce code, des signes ou tenues par lesquels les participants à cette journée manifesteraient ostensiblement une appartenance religieuse.

Il a relevé qu'en vertu de l'article L. 114-10 du même code, les jeunes Français tenus de participer à cette

journée ont la qualité d'appelés du service national et sont placés sous la responsabilité de l'État. Malgré la courte durée de leur qualité d'appelés, ils sont soumis, pendant cette journée, à l'ensemble des obligations des agents publics, notamment à l'obligation de neutralité (*CE, Avis, 3 mai 2000, Melle Marteaux, n° 127017*). La disposition législative envisagée, qui ne ferait que confirmer l'état actuel du droit, pourrait en revanche susciter *a contrario*, en l'absence de disposition analogue, des questions sur l'étendue des obligations pesant sur les autres agents publics. L'article R.* 112-15 du code du service national rappelle d'ailleurs déjà, dès maintenant, que les appelés sont astreints à une obligation de neutralité et de laïcité ».

Extrait de l'intervention de Thierry Tuot, président de la section de l'intérieur

Pour sa part, la section de l'intérieur a essentiellement **quatre occasions** de s'intéresser au principe de laïcité.

En premier lieu, à l'instar des autres sections consultatives, **lorsqu'elle est saisie de grands textes**. Au cours de ces vingt dernières années, trois textes auront été particulièrement marquant. Je pense à ce qui allait devenir la loi du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics* ; l'**étude** *relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* **adoptée en mars** 2010 par l'assemblée générale du Conseil d'État, suivie de l'examen du projet de ce qui allait devenir la loi du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ; enfin, au projet de loi confortant les principes républicains* -c'était le titre retenu par le projet d'avis de l'assemblée générale- devenu la loi du 24 août 2021.

Il s'agit à chaque fois de textes importants qui font généralement l'objet de débats nourris, mais cela demeure une activité rare.

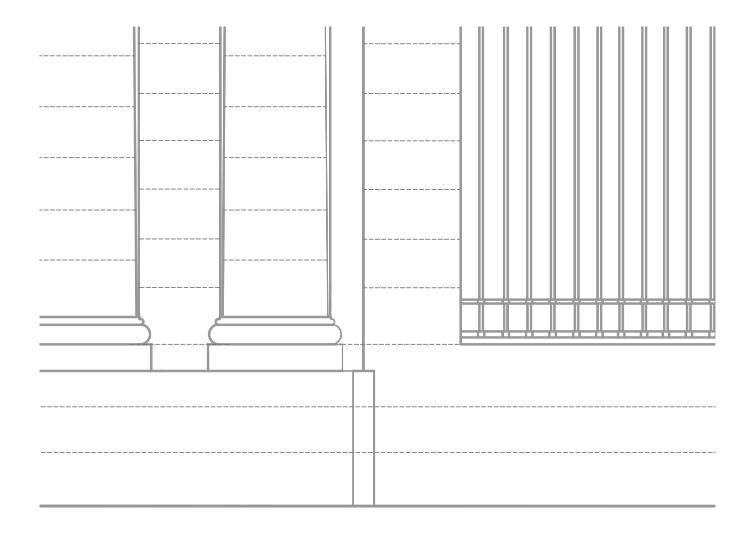
Il y a une deuxième source d'activité normative importante, c'est **la contribution du législateur et du pouvoir réglementaire à l'organisation des cultes**. Il faut en effet rappeler que la séparation de l'église et de l'État ne s'applique pas dans le département d'Alsace Moselle, pas plus d'ailleurs qu'en Guyane, qui avait un régime particulier qu'a par ailleurs abrogé la loi d'août 2021 dans la plupart des départements d'outre-mer. Sans oublier le fait que le département de Mayotte et les collectivités du Pacifique sont toujours régis par les décrets dits « Mandel » de 1939.

Ces questions relèvent en général de l'appréciation de la section de l'intérieur en tant qu'elle est chargée des textes relatifs à l'outre-mer.

Troisième compartiment de notre activité, dans le même ordre d'idées, **le contrôle sans doute un peu archaïque, des congrégations**. C'est, bien avant la loi de 1905 sur la séparation des églises et de l'État, l'un des héritages de la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association qui oblige les congrégations à solliciter une autorisation pour pouvoir poursuivre leur activité. Il s'agissait au début du XXè siècle de s'assurer que les congrégations ne jouaient pas un rôle hostile à la République. Aujourd'hui nous exerçons plus simplement un contrôle dont l'objectif est de veiller sur la protection des congrégations contre des risques de dérives sectaires ou d'abus de leur patrimoine. Sans doute un jour faudra-t-il que les pouvoirs publics s'interrogent sur le bien-fondé de la poursuite d'une telle mission.

Dernière dimension de notre activité, très spécifique, c'est celle de la parfois délicate **appréciation de l'adhésion portée aux valeurs de la République**, dont le Code civil fait désormais l'une des conditions d'entrée dans la nationalité française. La non adhésion peut justifier une opposition, un refus du ministre qui ne peut prendre une telle décision que par la voie du décret en Conseil d'État soumis à l'avis de la section de l'intérieur. C'est d'ailleurs l'une des spécificités qui conduit cette section à être la seule à s'exprimer sur des cas individuels hors tout contentieux.

Il faut préciser ici qu'au plan statistique, il y a environ 75 000 demandes de nationalité par an en France. Sur la période 2004-2024 on peut totaliser environ 1500 oppositions demandées par le ministère de l'Intérieur. Dans la plupart des cas, nous y avons été favorables. Sur ces à peu près 1500 demandes d'opposition, moins de 100 portent sur le refus d'adhésion aux valeurs de la République et le défaut d'assimilation qui est prévu par le Code civil. Derrière ces notions, on constate bien souvent l'expression caractérisée d'une contestation du principe de laïcité ou du principe d'égalité homme-femme. Grâce au travail très fin conduit par les préfectures dans l'examen de ces dossiers, le problème est tout à fait résiduel puisqu'il ne concerne que quelques dizaines de personnes chaque année tout au plus. Mais il conserve une lourde charge symbolique.



Alors **que tirer de l'examen de ces textes ?** Je ne vais pas reprendre la présentation excellement faite par la présidente Maugüé de nos positions en la matière. Je voudrais plutôt essayer de **tirer quelques leçons générales sur notre implication.**

La première, c'est que si le Conseil d'État a su demeurer le régulateur froid et bienveillant de la laïcité, rôle encouragé par Marceau Long en son temps et d'autres vice-présidents depuis, c'est parce qu'entre le contentieux et les sections administratives, l'union de vue et de sensibilité est totale. Nous sommes de « bons » conseillers du Gouvernement quand nous sommes de « bons » juges et nous sommes de bons juges quand nous avons une bonne pratique administrative.

Et la capacité de maintenir, en toute indépendance réciproque, ce lien permanent de partages de point de vue et d'échange dans la construction intellectuelle est tout à fait essentiel. On peut pour l'illustrer revenir sur l'exemple de l'interdiction de la dissimulation de visage dans l'espace public.

Il y a d'abord eu le premier « décret cagoule » pris contre les black blocs- décret du 19 juin 2009 pris en Conseil d'État sur avis de la section de l'intérieur relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique -, puis la jurisprudence élaborée par la 10è chambre de la section du contentieux à l'occasion des recours introduits contre ce texte. Il y a eu ensuite l'avis des formations consultatives sur l'étude commandée par le Premier ministre à ce sujet, puis l'avis sur le projet de loi, puis le contentieux qui s'en est enfin suivi. Il en est résulté dans le droit positif que l'on encourrait une sanction pénale si on se masquait dans l'espace public : pas pour des tirés de l'application du principe de laïcité, mais pour d'autres motifs d'ordre public. Il y aurait lieu de se replonger dans ces différents travaux pour mesurer pleinement la fertilisation des idées entre les deux « ailes », la richesse d'un dialogue permanent, central dans le fonctionnement de notre maison et dans le rôle qu'elle peut jouer en tant qu'institution publique.

Deuxième remarque : je constate le maintien d'une forme de sobriété normative sur la durée. Il y a finalement peu de textes qui portent expressément sur la laïcité et, au niveau réglementaire, nous sommes collectivement parvenus à contenir la tentation d'écrire beaucoup sur la laïcité. C'est heureux car les principes constitutionnels s'expliquent d'eux-mêmes. En matière de principes républicains, sans trahir le secret des délibérations, notre effort a été systématiquement de ramener à quelques principes simples, généraux, compréhensibles par tous. Les textes doivent nécessairement s'adapter à l'évolution de la société. Ainsi, qui aurait dit en 1905 que le sport ou les sorties scolaires seraient devenus des sujets de débats sur la laïcité ! Qui aurait imaginé que le débat sur le costume -le port de la soutane en fait- allait ressurgir à propos des plages !

Pour autant, moins on en dit, plus on est clair sur les principes sous le contrôle éclairé du juge, mieux on se porte. C'est cette volonté de sobriété normative qui nous encourage à ne pas céder à toutes les dérives de nature idéologique visant à encadrer de façon plus précise telle ou telle pratique religieuse. Nous continuons à travailler sur un régime qui pour l'essentiel est un régime de liberté. A cet égard, il est très frappant de voir que le préambule de l'avis public sur la loi de 2021 commence par rappeler que, si bien sûr il est nécessaire de prévoir des règles et même un peu de répression, l'essentiel de la défense de la laïcité, c'est l'affirmation des libertés dont elle est le support. Et, c'est bien ainsi qu'il faut concevoir l'affirmation de la laïcité comme une loi de liberté et de tolérance et certainement pas un régime policier de contrôle.

Troisième constat tiré de l'expérience particulière de la section de l'intérieur, c'est que la mise en œuvre quotidienne du principe de laïcité est complexe. C'est déjà fort difficile dans l'exercice des fonctions de juge. C'est aussi extraordinairement délicat lorsque nous intervenons en qualité de conseil : nous évoluons sur une frontière très ténue qui sépare l'affirmation sans compromis des libertés avec la nécessité absolue de nous préserver de tout agissement qui troublerait l'ordre public. Par exemple, on ne va pas refuser la nationalité à quelqu'un qui pense qu'on devrait remplacer la République par la monarchie. On a également le droit de penser et de croire en son for intérieur que telle ou telle loi divine est supérieure aux lois de la République. On peut entrer dans la nationalité française lesté de ses convictions car la liberté d'opinion est garantie. En revanche, ce que l'on n'a pas le droit de faire, c'est de vouloir devenir un membre de la communauté française en agissant contre la liberté d'autrui, notamment celle de croire ou de ne pas croire, ie. contre le principe de laïcité. C'est l'objet même de l'article 4 de la DDHC : la liberté consiste à faire ce qui ne nuit pas à autrui, et d'abord pas à la communauté nationale.

Section de l'intérieur – Avis du 7 déc 2020, n° 401452

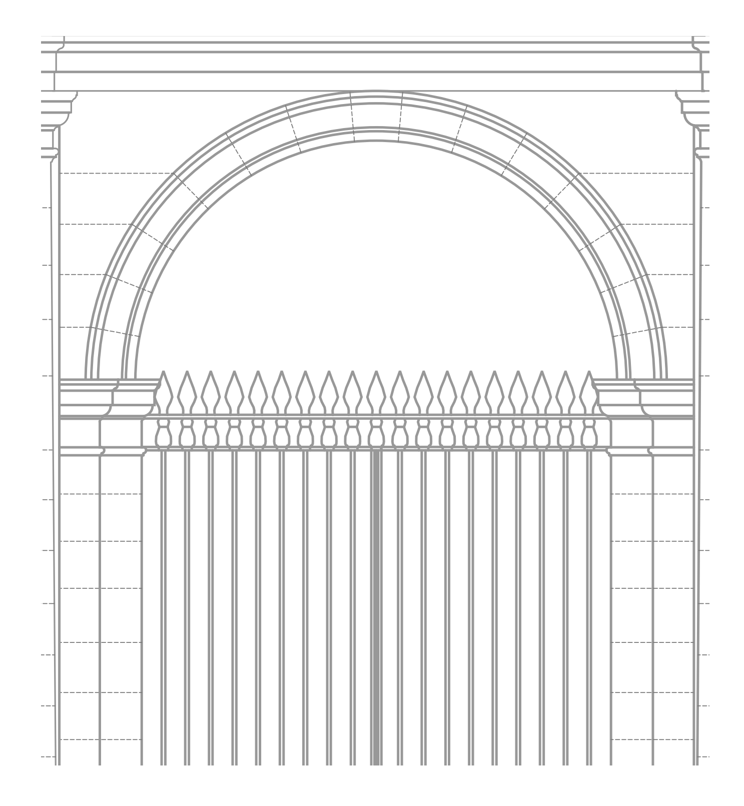
Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a donné un avis favorable à un projet de décret portant refus d'acquisition de la nationalité française pour défaut d'assimilation, l'intéressée jugeant acceptable la pratique de la polygamie, normal que les garçons soient favorisés aux dépens des filles en matière successorale, et considérant que les lois religieuses priment sur les lois de la République. Ces déclarations traduisent une conception de la société, notamment, des rapports entre les femmes et les hommes, contraire aux valeurs essentielles de la République. Il résulte également de l'examen du dossier que l'intéressée connaît mal la devise de la République et le sens des notions de laïcité et de démocratie.

Section de l'intérieur - Avis du 4 mai 2021, n° 402654

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi du projet de décret portant refus d'acquisition de la nationalité française pour défaut d'assimilation, lui donne un avis favorable. Même si l'intéressée n'apparait pas être sous l'emprise de son mari et semble bénéficier d'une relative autonomie financière, il estime qu'elle adopte au quotidien un comportement incompatible avec les valeurs de la société française telles que la mixité sociale et la laïcité, en se soustrayant volontairement à toute vie sociale et en renonçant à l'exercice de son activité d'aide-soignante en raison de l'impossibilité de porter le voile et d'évoquer ses convictions religieuses dans le cadre professionnel. Le Conseil d'État tient compte aussi des déclarations de l'intéressée, selon lesquelles, d'une part, elle s'opposerait à ce que ses filles choisissent un époux d'une confession différente de la sienne et, d'autre part, elle s'interdirait de se rendre à la piscine dès lors que des horaires n'y sont pas réservés aux femmes.

Section de l'intérieur – Avis du 8 nov 2021, n° 404229

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi du projet de décret portant refus d'acquisition de la nationalité française pour défaut d'assimilation, lui donne un avis défavorable. Si l'intéressée s'affirme de confession musulmane et porte le voile, rien au dossier ne permet d'établir qu'elle adopterait une conception de la religion contraire aux principes et valeurs de la République. Sa vie de femme au foyer, se consacrant à son mari et à ses enfants et ne souhaitant pas sortir seule avec des amis masculins, n'apparaît pas relever d'une volonté de repli communautaire, ni caractériser un refus d'assimilation à la communauté française. La circonstance qu'elle ne se soit plus souvenue du nom de Samuel Paty lors de l'entretien avec les agents préfectoraux, alors même qu'elle a pu évoquer les faits relatifs à l'assassinat dont a été victime celui-ci et a fait part de sa condamnation d'un tel acte, ne saurait constituer un indice de nature à montrer que l'intéressée exprime un rejet des valeurs de la République, pas plus que sa difficulté à répondre à des questions des agents préfectoraux s'avérant souvent sans lien avec une appréciation objective des critères permettant, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, de fonder légalement une opposition à l'acquisition de la nationalité française. Il ne peut, en outre, être déduit de ce que l'intéressée n'a pas exprimé une opinion tranchée sur le financement des cultes qu'elle n'adhère pas au principe de laïcité, ni de ce qu'elle ne fait pas de sport avec d'autres personnes, alors même qu'elle explique avoir un niveau insuffisant pour la pratique de sports en groupe, qu'elle refuse toute mixité sociale. Par ailleurs, il ressort de l'examen du dossier que l'intéressée dispose d'une voiture, se déplace librement, utilise comme elle l'entend la carte de crédit du compte bancaire qu'elle possède en commun avec son époux, ne s'astreint pas au port du voile à la demande de son mari mais par un choix qui lui est propre et qui est antérieur à son mariage, ne voit pas d'objection à ne pas le porter si elle devait occuper un emploi au sein d'un service public, envisage de reprendre ses études supérieures et d'exercer ensuite une activité professionnelle, estime que les préceptes de la religion ne sauraient prévaloir sur les lois de la République et ne voit pas d'objection à ce que ses enfants, qui fréquentent des établissements scolaires publics, puissent participer à des voyages scolaires où la mixité entre les filles et les garçons est de règle ou se marier avec un conjoint n'appartenant pas à la même confession qu'elle. En conséquence, le Conseil d'État estime qu'il ne résulte pas des éléments du dossier que puisse être retenu un défaut d'assimilation au sens de l'article 21-4 du Code civil qui justifierait que l'intéressée se voie refuser d'acquérir la nationalité française.



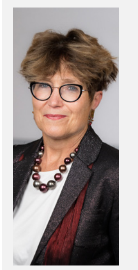
Quelles que soient les opinions, les convictions et les croyances que l'on a, on doit s'abstenir de tout comportement de nature à nuire à autrui, à commencer par son conjoint - nous refusons souvent pour défaut d'assimilation à raison du sort fait aux femmes -, à ses enfants -nous refusons tous ceux qui disent qu'ils renieront leurs enfants s'ils s'avéraient vouloir épouser quelqu'un du même sexe -. Nous contestons des agissements mais jamais des pensées et c'est toute la difficulté de maintenir la laïcité dans son vrai sens qui « assure la liberté de conscience » et « garantit le libre exercice des cultes ». J'insiste sur les cultes : non, la laïcité ne renvoie pas la religion à une affaire d'ordre seulement privé. Au contraire elle permet la manifestation publique de la religion, pour autant que celle-ci ne trouble pas l'ordre public. C'est tout simplement ce qu'affirme l'article 1er de la loi de 1905. Bien sûr, toute la difficulté, et on le vérifie régulièrement dans un cadre contentieux, c'est de parvenir à identifier l'ordre public. En amont du contentieux, les administrateurs sont pareillement confrontés à ces choix extrêmement fins et délicats. Cependant, **dans tous les cas, c'est toujours le principe de liberté qui doit nous guider**.

Enfin, ultime observation : la longue durée historique est essentielle dans la compréhension de ce que nous faisons et pour écarter des approches purement idéologiques.

La laïcité n'a pas commencé en 1905. Les débats des années 1880 sur l'école et la laïcité poursuivaient ceux des années 1850 et même ceux des années 1830 sous la monarchie de Juillet où l'on parlait déjà de la nécessité de concevoir un enseignement qui ne blesse pas la liberté de conscience. Cette liberté de conscience est-elle-même un acquis révolutionnaire, la réplique aux guerres de religion, ces guerres civiles qui ont ensanglanté le royaume. Alors, même si le terme de laïcité ne figure pas dans la DDHC, la Révolution a beaucoup débattu des rapports entre le pouvoir et les cultes.

Forts de ce recul, nous mesurons que pour continuer à faire vivre une laïcité si attaquée, nous devons ne pas en avoir une approche partisane mais centrée sur les valeurs républicaines. La liberté de pensée et le devoir de respecter les pensées d'autrui, l'égalité -de tous les cultes entre eux, de tous les croyants entre eux et de ceux qui ne croient pas -, et puis évidemment la fraternité qui nous invite à la bienveillance et à l'ouverture.

La difficulté à laquelle nous sommes confrontés aujourd'hui c'est que la société est moins peut être rongée par des communautarismes que par des individualismes. Si chacun est à « Soi-même comme un roi », pour reprendre le titre du dernier essai d'Elisabeth Roudinesco consacré aux dérives identitaires, alors il est essentiel que nous répondions à la question de savoir ce qui peut nous rassembler.



Au cours de sa carrière au Conseil d'État, **Christine Maugüé** (ENA 1988). a notamment exercé les fonctions de commissaire du Gouvernement et de présidente des 6ème et 7ème chambres de la section du contentieux dont elle a été la présidente adjointe. Au titre des activités consultatives du Conseil, elle a par ailleurs été membre de la section des travaux publics et présidente adjointe de la section de l'intérieur. Elle est aujourd'hui présidente de la section de l'administration. A l'extérieur du Conseil d'État, elle a été présidente du conseil supérieur de l 'AFP, membre du collège de la CNIL et directrice du cabinet de la garde des sceaux.



Thierry Tuot (ENA 1986), président de la section de l'intérieur, a été notamment commissaire du Gouvernement et président de la 10ème chambre de la section du contentieux. A l'extérieur du Conseil d'État, il a été exercé différentes fonctions de direction dans des structures publique, dont actuellement celle de président du Comité de Règlement des Différends et Sanctions de la Commission de régulation de l'électricité. Il est professeur associé à Paris-Dauphine.

La Revue

Focus

Qu'est-ce qu'un avis du Conseil d'Etat sur un texte ?

Par

Edmond Honorat, président de la section des travaux publics, **Philippe Josse,** président de la section des finances**, Francis Lamy,** président de la section sociale**, Christine Maugüé,** présidente de la section de l'administration**, Thierry Tuot,** président de la section de l'intérieur

Il est peu d'activité administrative aussi méconnue que celle des cinq sections consultatives du Conseil d'État.

Le réflexe du juriste, aller voir les textes, n'est ici que de faible secours. Les dispositions utiles figurent dans le code de justice administrative. Au titre des attributions, qui ouvrent le premier livre consacré au Conseil d'État, le premier chapitre traite du contentieux, avant que le deuxième ne dévoile les « attributions en matière administrative et législative », à l'article L 112- 1. Sa lecture n'éclaire guère sur la nature de cette activité. Les annotateurs du code Dalloz commentent sobrement cette définition en précisant que les avis consistent en une rédaction corrigée du texte soumis, accompagnée, le cas échéant, d'une note expliquant les modifications ou suppressions. On peut, depuis 2015, trouver aisément (dans les dossiers législatifs sur Légifrance et sur le site internet du Conseil d'État) les avis du Conseil d'État sur les projets de loi puisque à la demande du président de la République, ces avis sont désormais rendus publics[1] systématiquement (hormis ceux portant sur les projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale, sur les projets de loi de ratification d'une ordonnance ainsi que ceux autorisant l'approbation de conventions internationales). Quant aux autres, si le rapport d'activité du Conseil d'État n'en parle pas et si, par exception (rare), le Gouvernement n'en a pas fait publiquement état, on ne peut en avoir connaissance, le législateur ayant prévu qu'ils ne relèvent pas du champ de la communication des documents administratifs (code des relations du public avec l'administration, article L 311- 5) et qu'ils ne deviennent communicables qu'au terme d'un délai de vingt-cinq ans (code du patrimoine, article L. 213-2).

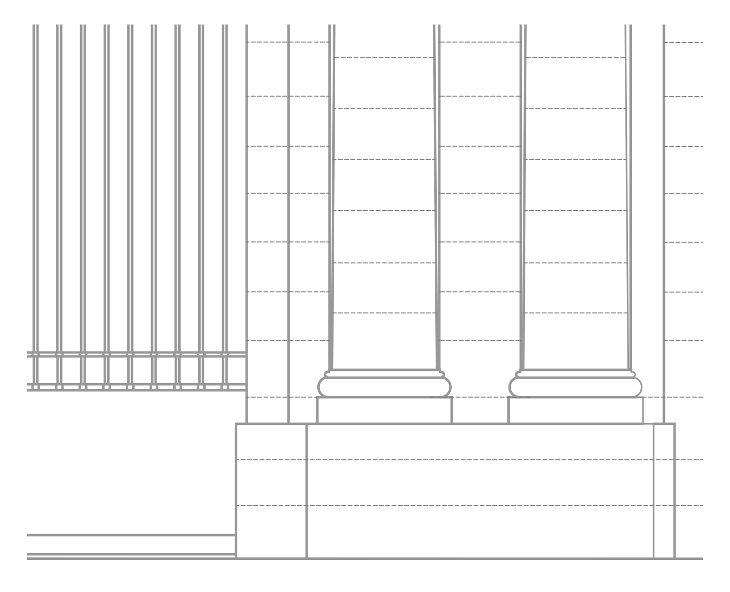
1 *Pour les propositions de loi, c'est le président du Sénat ou de l'Assemblée Nationale, lorsqu'une proposition a été à leur demande soumise à l'avis du Conseil d'État, qui décide de rendre cet avis public – ce qui, jusqu'à présent, a toujours été le cas.*

Comment se déroule, donc, le travail d'une section administrative consultative ?

Les sections consultatives sont saisies par le Gouvernement, en principe d'un projet de texte : tous les projets de loi (ordinaire, organique, de programmation, de finances, de financement de la sécurité sociale, référendaire, constitutionnelle, d'habilitation, de ratification…), toutes les ordonnances, tous les décrets qu'une loi impose de soumettre à l'avis du Conseil d'État ou modifiant un décret délibéré en Conseil d'État, ainsi appelés « décrets en Conseil d'État », tout autre texte que le Gouvernement de son propre chef veut lui soumettre, parfois aussi des décrets non réglementaires, pour lesquels le législateur a prévu un avis du Conseil d'État (certaines déclarations d'utilité publique, les déchéances et retraits de nationalité, les reconnaissances d'utilité publique d'associations ou de fondations …). Elles peuvent être également saisies, depuis la révision constitutionnelle de 2008, par le président de l'Assemblée nationale ou par le président du Sénat, d'une proposition de loi déposée par un député ou par un sénateur.

Dès son affectation à une section, le projet est attribué à un rapporteur (plusieurs si le texte l'exige par sa taille ou sa difficulté) affecté à la section compétente. Sa date d'examen est immédiatement fixée, conditionnée le plus souvent par celle d'un passage en Conseil des ministres, une date d'entrée en vigueur, ou encore une contrainte politique. Ultime étape avant l'adoption du texte, la consultation du Conseil d'État intervient après un temps plus ou moins long de préparation du projet par les administrations, mais il ne dispose plus alors que de quelques semaines – aujourd'hui rarement plus de trois - pour émettre son avis.

Après avoir pris connaissance du projet de texte et du dossier qui l'accompagne, et s'être entretenu avec son réviseur (le président de la section ou l'un des deux présidents adjoints de la section), pour réfléchir aux enjeux principaux du texte, le rapporteur recense les questions et difficultés initiales. Il convoque alors une **réunion avec les « commissaires du Gouvernement »** : les fonctionnaires des différents ministères ayant participé à l'élaboration du texte, et devant le mettre en œuvre, coordonnés par un chargé de mission du secrétariat général du Gouvernement qui est le garant du respect des arbitrages du Premier ministre, consigné sur un procès-verbal de la réunion interministérielle ayant validé le projet, imprimé sur papier bleu d'où il tire son nom de « Bleu de Matignon ».



Cette réunion est un échange de vues très libre, visant à clarifier, en tout premier lieu, les intentions du Gouvernement- les buts visés, les résultats escomptés, les motifs de prendre le texte. Sont abordés tous les angles de l'action publique que le texte vise à servir : l'état de l'existant, les problèmes rencontrés, les attentes du public concerné, celles des agents en charge de l'action, les moyens existants ou à venir, l'impact économique, social, budgétaire, sectoriel … L'analyse juridique partagée questionne ensuite les contraintes-exigences constitutionnelles et conventionnelles-, le choix du recours à une norme, le niveau de la norme, le choix des mécanismes juridiques. L'insertion du texte dans le droit positif existant est alors étudiée : cohérence, compatibilité avec l'existant, lisibilité, mais aussi risques contentieux, conséquences juridiques induites (nécessité de textes d'exécution, modalités de contestation des décisions prises sur son fondement…).

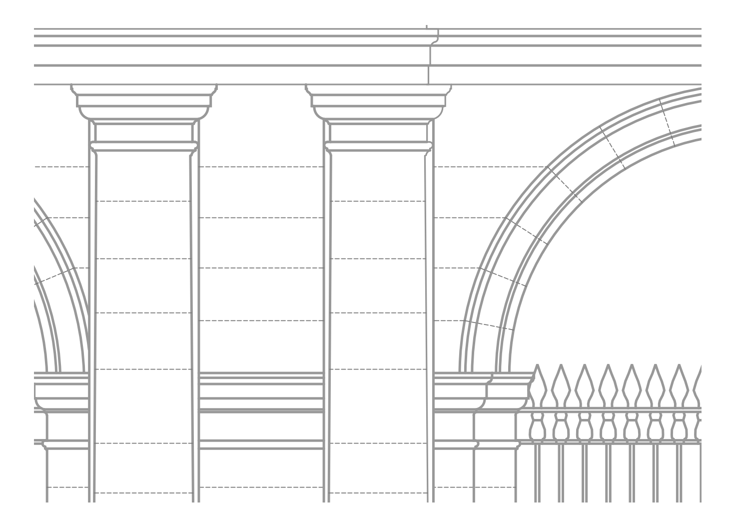
S'élabore ainsi progressivement dans ce dialogue une série de critiques positives, validant les choix du Gouvernement qui vient chercher l'assurance de la rectitude juridique de ses conclusions, ou négatives, relevant une illégalité possible ou une malfaçon. L'appréciation juridique se double toujours d'une appréciation d'opportunité ; cette dernière n'est évidemment jamais politique (ni dans ses motifs, ni dans son essence) - mais administrative : si le but visé est légal, les moyens de l'atteindre peuvent l'être plus ou moins et s'avérer plus ou moins efficaces. Souvent les représentants des administrations acceptent les propositions faites et se rallient à une version des dispositions en résultant qui est différente de celle initialement proposée. Parfois, ils maintiennent leur choix, contre l'avis du rapporteur, soit qu'ils ne partagent pas son analyse, soit qu'elle leur paraisse s'écarter de l'objectif poursuivi.

À l'issue de ces échanges, souvent renouvelés à plusieurs reprises quand le texte s'avère complexe, **le rapporteur s'attelle à rédiger un texte alternatif**, corrigeant les malfaçons et garantissant le respect des formes (clarté et correction de la rédaction, respect de toutes les exigences légistiques …), et reflétant au fond sa propre appréciation de la meilleure version possible. Il appuie ce texte d'un rapport, destiné à préparer la délibération de la section, qui synthétise l'histoire et le contexte du projet, puis rend compte des réflexions de fond, avant de justifier article par article, les modifications proposées, soutenues par des références documentaires, notamment jurisprudentielles.

Discuté avec son réviseur, qui peut suggérer des évolutions ou relever de nouveaux points d'attention, le projet est finalement arrêté par le rapporteur, inscrit à l'ordre du jour de la section, et communiqué tant à ses membres qu'aux représentants des ministères. Ces derniers sont **convoqués à une séance**, qui par coutume se tient en principe un mardi après-midi, mais souvent aussi le matin, quand ce ne sont pas la veille et le lendemain. Le rapporteur introduit les débats en résumant contexte et objectifs, présente le texte à grands traits, et pose d'éventuelles questions de principe. Le réviseur complète son propos, et un débat général peut s'installer, avant que ne commence l'examen des dispositions. **Le débat est toujours très libre, direct**, impliquant en tant que de besoin les commissaires, qui souvent répondent à des questions pratiques sur la manière dont l'administration gère les processus, et sont amenés à défendre leur position en cas de désaccord. La section valide au fur et à mesure les propositions du rapporteur, qu'elle corrige, amende ou enrichit, parfois écarte ou transforme. Si des désaccords naissent en son sein au cours du débat, ils sont ultimement tranchés par un vote.

À l'issue de cet examen, le rapporteur rédige immédiatement le projet adopté par la section, tenant compte des débats, dont il vérifie avec les commissaires la compréhension partagée. Revu par le réviseur, il est signé du rapporteur et du président ainsi que du secrétaire de la section et transmis au secrétariat général du Gouvernement. Si la section a « disjoint » c'est-à-dire écarté, des dispositions, elle s'en explique par une note au Gouvernement, qu'elle peut aussi rédiger pour attirer l'attention de celui-ci sur un point particulier (choix controversé qu'elle a fait, acceptation d'une disposition au bénéfice d'une réserve d'interprétation, invitation à modifier l'état du droit...). Non publiques, partie intégrante de l'avis avec le texte, ces notes sont brèves et directes.

La plupart des textes sont traités selon ce processus. Toutefois, les projets de loi et les textes règlementaires les plus importants donnent en principe lieu à un second examen devant l'assemblée générale, généralement en formation ordinaire, qui réunit, outre le vice-président du Conseil d'État, tous les présidents de section et des conseillers d'État. Ils peuvent également être examinés par l'assemblée générale en formation plénière, pour les textes législatifs de grande importance (au premier rang desquels les projets de loi constitutionnelle) et ceux posant des questions qui nécessitent d'ouvrir la discussion le plus largement possible. La séance de l'assemblée générale se tient habituellement le jeudi après-midi, après les travaux de la section. Les commissaires y sont à nouveau convoqués. L'assemblée générale est saisie de tout le texte, mais la section qui vient présenter ses travaux ne lui soumet que quelques questions, sur une partie des dispositions. Elles sont débattues, comme en section, librement, après introduction par le rapporteur et, le cas échéant, peuvent conduire à un vote que le débat peut susciter.

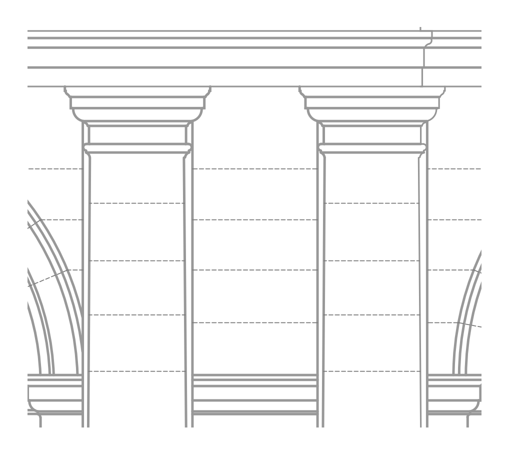


Ce processus, répété quelques centaines de fois chaque année, est semblable si la saisine du Gouvernement porte non sur un texte mais sur une question, sous forme de **demande d'avis**. La seule différence est que le Conseil d'État n'élabore alors pas un texte, mais un avis répondant à la question posée.

Le processus diffère également assez peu si le Conseil d'État est saisi d'une **proposition de loi**, si ce n'est que dans ce cas c'est le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat qui décide de saisir le Conseil d'État : les parlementaires auteurs de la proposition, leurs collaborateurs ainsi que les administrateurs de leur assemblée participent aux travaux et, si les parlementaires l'acceptent, des représentants des ministères sont invités à participer aux réunions comme experts du Gouvernement. Toutefois, alors que lorsque le Conseil d'Etat donne son avis sur un projet de texte qui lui est soumis par le Gouvernement ce texte n'est pas encore arrêté, pour les demandes d'avis du Parlement, il a déjà été déposé sur le bureau de l'assemblée parlementaire et a été rendu public. Le Conseil d'Etat rend donc un avis sur la proposition de loi, qui relève les difficultés et expose les voies permettant de les surmonter, mais sans adopter un projet alternatif qui réécrirait directement, au besoin, les articles de celle-ci.

De sorte, on le voit, que l'avis du Conseil d'État sur un texte n'est, sauf pour les projets de loi, pas connu parce que jamais écrit en tant que tel. C'est tout le projet de la présente revue que de partager avec le citoyen la partie de ces travaux qui n'étant pas couverte par le secret des délibérations du Gouvernement, doit, pour sa modeste part, contribuer à ce que « les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant à chaque instant être comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés et que les réclamations des citoyens(...) tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous » (Préambule de la Déclaration les droits de l'homme et du citoyen).





Retrouvez les éclairages sur :

https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/analyses-des-sections-consultatives